

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة
تصدرها
كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

العدد الاول ٢٠٠١

الناشر
دار الجامعة الجديدة
٣٨ش سوتير - الأزاريطة
تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩




GP
co.
شركة
الجلال
للطباعة

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية الإقتصادية

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق
جامعة الإسكندرية

الناشر
دار الجامعة الجديدة
٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية
تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكي عبد المتعال - مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطي الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. السعيد مصطفي السعيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادي	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حسين فهمي	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. علي صادق أبو هيف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفي كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. علي محمد البارودي	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. كجلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال علي العدوي	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفي الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكي أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣
أ.د. محمد السعيد الدقاق	١٩٩٤ - ١٩٩٨
أ.د. مصطفي سلامة حسين	١٩٩٨ - ٢٠٠١

المحتويات

الأحزاب السياسية في الإسلام

الدكتور فتحي الوحيدي

أستاذ القانون العام المشارك

كلية الحقوق - جامعة الأزهر بغزة

ABSTRACT

This paper is concerned with one of the various aspects which has, been organized by Islam - the political parties. Throughout its development, Islamic history witnessed several intellectual streams including political and ideological ones. Due to its established principles, those parties showed a great impact on the development of the ruling systems that followed, and on the groups which it polarized. Some of those groups had negative influences against the Muslim nation in general.

And because the application of the theory can never come as a true reality of the theory, I studied the application itself. In other words, I studied the political parties in the Islamic history, then I studied the theory, or the Islamic political thought as regards the political parties, either in the rule or in the opposition. The significance of this paper is due to the latest developments that lead the Islamic political parties to involve in the political life of many countries.

ملخص البحث

يتناول هذا البحث دراسة جانب من الجوانب المتعددة التي ينظمها ديننا الإسلامي العظيم وهو جانب الأحزاب السياسية ، فمن المعروف أن التاريخ الإسلامي في تطوره حمل اتجاهات فكرية عدة منها العقائدية ومنها السياسية ، وكان لها الأثر البالغ في تطور نظم الحكم التي تلتها لما أرسته من مبادئ وما استقطبته من مجموعات ، وقد كان لبعضها آثاره السلبية تجاه الأمة الإسلامية عامة ، ولما كان التطبيق لا يأتي واقعاً حياً للنظرية تناولت الحديث في هذا البحث (التطبيق) أي الأحزاب السياسية في التاريخ الإسلامي ثم تناولت دراسة (النظرية) أي موقف الفكر السياسي الإسلامي من الأحزاب السياسية سواء بالتأييد أو المعارضة ، وترجع أهمية هذا البحث للتطورات الأخيرة التي حدثت في العالم الإسلامي ، وشاركت بمقتضاها العديد من الأحزاب الإسلامية في الحياة السياسية في كثير من الدول .

مقدمة:

جاء فى لسان العرب لإبن منظور([1]) ومعجم متن اللغة([2]) للشيخ أحمد رضا أن الحزب معناه النوبه فى ورد الماء، وورد الرجل من القرآن (أى حصته) وجاء بمعنى الطائفة الجماعة من الناس، وكل قوم تشاكلت قلوبهم وأعمالهم، وإن لم يلق بعضهم بعضا. والأحزاب جمع من تآلبوا وتظاهروا على حرب الرسول، فكانت موقعة الأحزاب ([3]) وأحزاب الرجل، جنده وأصحابه والذين على رأيه.

وكلمة سياسى مأخوذة من كلمة "سياسة". والسياسة لغة تفيد القيام بشئون الرعية. وإستخدم العرب لفظ السياسة بمعنى الإرشاد والهداية. وتشمل دراسة السياسة، نظام الدولة وقانونها الأساسى ونظام الحكم فيها، بما يتخلله من أنشطة فردية وجماعية تؤثر فى مجريات الحياة العامة([4]) وبالتالى توصف الجماعة بأنها سياسية عندما يكون هدف هذه الجماعة هو الوصول الى السلطة، أو البقاء أو الإشتراك فيها. وبالتالى فإضافة وصف سياسى ضرورة للتحديد وعدم الخلط.

والأحزاب السياسية لم تكن فى الماضى كما هى الآن وحدة معقدة لها من الأجهزة الإدارية والموظفين ما يفوق بعض الأحيان أجهزة وموظفين الدولة. وهو الأمر الذى أدى الى صعوبة تعريف الحزب السياسى بل أن الأستاذ بيردوBurdeau يرى أنه لا يمكن إعطاء تعريف واحد شامل للحزب نظراً لأنه يختلف بإختلاف المكان والزمان، ومع ذلك فهذا الفكر الليبرالى يركز على الجانب العقائدى أى على الهدف النهائى للعملية السياسية التى يقوم بها الحزب السياسى.

ولهذا يعرفه الفقيه الفرنسى بينامين كونستان بأنه "جماعة من الناس تعتنق مذهباً سياسياً واحداً"([5]) ويعرفه V. O. Key بأنه "هيئة من الأشخاص متحدثين من خلال حماس مشترك لمصلحة قومية أو مبدأ محدد يتفقون عليه" ([6]) ويعرفه أندريه هوريو بأنه "تنظيم دائم يتحرك على مستوى وطنى ومحلى من أجل الحصول على الدعم الشعبى، يهدف الى الوصول الى ممارسة السلطة بغية تحقيق سياسة معينة" ([7]). أما الفقه العربى فيكاد يقترب فى تعريفاته مع الفقه الليبرالى إن لم يتفق معه إتفاقاً كاملاً فى هذه التعريفات فالدكتور سليمان الطماوى يعرف الحزب السياسى " بأنه جماعة متحدة من الأفراد تعمل بمختلف الوسائل الديمقراطية،

للفوز بالحكم، بقصد تنفيذ برنامج سياسى معين"([8]). وفى المقابل أبرز الفكر الإشتراكى الجانب الطبقى حيث أصبح التركيز على التكوين الإجتماعى للحزب والإرتباطات الإقتصادية لأعضائه والمراتب التى يحتلونها فى مدارج السلم الإجتماعى.

ومع ذلك فإننا نرى أنه مهما إختلفت الإتجاهات حول تعريف الحزب السياسى فإنها تدور حول ثلاثة مقومات أساسية يتعين توافرها حتى نكون أمام حزب سياسى وهى التنظيم والهدف السياسى والوحدات الأساسية([9]).

خطة البحث:

وبعد هذا التقديم سوف نتناول بالدراسة الفكر السياسى الإسلامى والأحزاب السياسية. في مطلبين نتناول فى المطلب الأول (التطبيق) أى الأحزاب السياسية فى التاريخ الإسلامى. فندرس الخوارج والشيعة وأهل السنة ([10]) ونستعرض فى المطلب الثانى (النظرية) أى موقف الفكر السياسى الإسلامى من الأحزاب السياسية.

المطلب الأول
الأحزاب السياسية فى التاريخ الإسلامى

لحق الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بالرفيق الأعلى دون أن يحدد الصورة التى ينبغى أن يترسمها المسلمون فى نظام الحكم مما كان سبباً فى إختلاف الناس وظهور التيارات التى بدأت تقوى وتتطور بسرعة لتتشكل فى صورة مذاهب وأحزاب وفرق. وبوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم بدأ الصراع السياسى يطل برأسه منذ نشوء الخلاف حول الخلافة الذى بدأ أول الأمر بين المهاجرين والأنصار ثم ما لبث أن إنتهى لقوة الوازع الدينى عند المسلمين من ناحية، وشعورهم بضرورة الإتفاق السريع على من يجمع شملهم ويوحد كلمتهم ويراعى أمورهم الدينية والدنيوية بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم من ناحية أخرى.

ويبقى حال المسلمين هادئاً حتى مقتل الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضى الله عنه، ومبايعة على بن أبى طالب كرم الله وجهه خليفة رابعاً للمسلمين، فيستشرى الخلاف بين أنصار على وأنصار معاوية إلى أن تتم واقعة التحكيم([11])، فلا يرضى بها جماعة من حزب على، فيخرجون عليه ويكونون حزباً جديداً يعرف بالخوارج([12]). وبهذا تكشف لنا الحوادث

التى تلت مقتل عثمان ومبايعة على وواقعة التحكيم وتولية معاوية عن ظهور حزبين متعارضين أحدهما يمثل اليمين كما فى لغة العصر وهم الشيعة([١٣]) والآخر يمثل اليسار وهم الخوارج([١٤])، أما الوسط وهم المعتدلون فقد سماهم المؤرخون والفقهاء بأهل السنة أو الجماعة. وعن هذا وذاك ورثت الأمة الإسلامية أحزاباً وفرقاً ذات إتجاهات سياسية متعددة، كان على أثرها ظهور الإنفصال فى المشرق والمغرب وقيام النظم السياسية المؤقتة فى الأندلس والمغرب الأقصى ومصر والشام، وتونس وخرسان([١٥]). بالإضافة الى أنه قد ظهر فى القرن الثامن عشر والتاسع عشر فرق دينية سياسية عدة حملت أفكاراً متعددة الجوانب كان أهمها الوهابية فى الجزيرة العربية، والسنوسية فى ليبيا، والمهدية فى السودان. وهذه الأحزاب وإن إختلفت مناطق إنبعاثها إلا أنها كانت ذات مبادئ موحدة وأهداف متشابهة([١٦]) وترجع الى أصل تاريخى واحد وتجتمع حول مبدأ سياسى واحد هو دينى فى نفس الوقت. فأما وحدة الأصل التاريخى فهو أنها نشأت فى معترك الخلاف الذى ظهر بين زعماء الإسلام الأوائل حول مسألة السلطات والحكم وترعرعت فى ظل الحوادث التى أثارها النزاع بين على بن أبى طالب الخليفة الرابع ومنافسه القوى معاوية بن أبى سفيان مؤسس الدولة الاموية فى الشرق وقد ظهرت بوادر هذا الخلاف فى أثناء حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يحل دون إنفجارها إلا حكمته صلى الله عليه وسلم وبأس قريش ومنعتها. فلما توفى النبى صلى الله عليه وسلم إنفجر بركان الخلاف من كل ناحية وإضطر أبو بكر الخليفة الأول أن يقضى شطراً من عهد خلافته القصير فى محاربة الخارجين والمرتدين وإستطاع الخليفة الثانى عمر بن الخطاب بحزمه وعزمه أن يتقى هذه الأخطار. كذلك قتل خلفه عثمان، ولعله كان أشد الخلفاء الراشدين إستئثاراً بالحكم وأقلهم عناية بإتقاء عوامل الشقاق والفرقة، فلما كانت خلافة على بن أبى طالب رابع الخلفاء الراشدين تمخضت عناصر الخلاف والتنافس التى لبثت منذ وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم تجيش فى صدور البعض عن عدة حركات إجتاحت المجتمع الإسلامى وكانت منشأ كل الحركات التى ظهرت فيما بعد. وأما وحدة المبدأ الذى تجتمع حوله هذه الأحزاب فترجع الى أن معظمها قام حول مسألة الإمامة أو الخلافة أو بعبارة أخرى حول المبدأ الذى يستند إليه السلطان أو الحاكم السياسى فى تولى الرياسة والملك، وقد كانت الوجهة الدينية لهذا المبدأ مصدر الجدل المستفيض والتأويلات الجمة التى كانت ترجع اليها هذه الفرق فى مختلف العصور تأييداً لخروجها على السلطة أو الأسرة القائمة وعلى ما تستند اليه من تعاليم ومبادئ([١٧]).

وعلى ضوء ما تقدم فإننا سندرس أهم هذه الأحزاب والفرق السياسية لنبين أهم الأسس والمبادئ الدستورية التى قامت عليها. لذلك سنتناول فى الفرع الأول الشيعة وفى الفرع الثانى الخوارج وأخيراً أهل السنة والجماعة فى فرع ثالث([١٨]).

الفرع الأول
الشيعة

إذا كانت الأحزاب السياسية لم تتجاوز فى أصولها ثلاث أحزاب هى الشيعة والخوارج وأهل السنة فإن حزب أهل الشيعة هو أقدمها، إذ ترجع نشأة هذا الحزب الى ذلك الفريق من الصحابة الذى رأى عند وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم أن على بن أبى طالب أحق الناس بخلافته فى رياسة هذه الدولة الإسلامية وذلك لقرابة علي من الرسول صلى الله عليه وسلم وأصهاره اليه وحسن بلائه فى نصرة الدين وكفايته الخاصة ثم وصاية الرسول صلى الله عليه وسلم له بالخلافة([١٩]). وعلى الرغم من شعور على أنه أولى بالخلافة إلا أنه بايع الخلفاء الثلاثة الذين سبقوه بعد تردد نزولاً لإرادة المسلمين أو خضوعاً لنتائج النظام الإنتخابى الذى تمت به مبايعة أصحابه. ولقد بقى على فى عهد أصحابه مستشاراً لهم يرجعون اليه فى كثير من أمور الدولة، فلما إستقر الأمر لعثمان الخليفة الثالث ورأى فيه الأمويون إستعادة لمجدهم القديم قويت فكرة العقيدة الشيعية، حتى إذا قتل عثمان وإنتهى الأمر بغلبة الأمويين إستحالت الخلافة ملكاً وراثياً. ومن ذلك الحين عاش الشيعة حزباً معارضاً ورافضاً للحكومة، وأصبحنا نرى نظاماً سياسياً ينطوى على تأييد من أكثرية المسلمين ومعارضة من الأقلية، ويستتبع سياسة حازمة حكيمة من جانب الحكام وأخرى عنيفة ثائرة رافضة أو مهادنة متربصة من جانب المعارضين. وكان على رأس المشايعين فى ذلك الوقت بعض أصحابه الأجلاء كسلمان الفارسى وأبو ذر الغفارى، والمقداد بن الأسود وغيرهم، وينكر الشيعة على جماهير الأمة الإسلامية حقهم فى إختيار إمامهم أو حاكمهم، لأن الإمامة كما يرون ليست من المصالح العامة. إذ أن الإمامة كما يتصورنها ركن من أركان الدين وأن النبى ملزم بتعيين الإمام للناس([٢٠]). وعلى هذا فإن أساس التشيع يدور حول الخليفة من يكون. وعند رجاله أن علي أحق بخلافة الرسول، ثم بنوه من بعده بطريق التسلسل الوراثى، فلا حق فيها لغير العلويين والمسألة على هذا النحو تتمثل فى حبس الحكومة الإسلامية فى بيت واحد هو بيت على من الهاشميين، وهذا يخالف رأى الأمويين الذين حبسوها فى أسرتهم رعاية للكفاية، وإستمراراً

لخلافة عثمان، وإعمالاً لنتيجة التحكيم ويخالف أيضاً رأى الزبيريين الذين يرونها لقريش عامة دون الناس جميعاً ويخالف رأى الخوارج الذين وسعوا أفقها الى أبعد مدى وجعلوها حقاً لكل فرد مسلم كفء للنهوض بأعبائها يختاره المسلمون، فالحكومة عندهم جمهورية لا تعرف أرستقراطية الطبقات أو الأسر أو القبائل أو الجنس([21]).

وكان حزب الشيعة ككل حزب سياسى ينضم اليه المخلص لمبادئه ومن يرى المنفعة فيه، فتشيع قوم إيماناً بأحقية علي للخلافة وولده وتشيع قوم كره الحكم الأموى ثم العباسى لأنهم ظلموا منه، أو أن قوماً من قبائل العرب تعصبوا للأمويين فكان العداء القبلى يتطلب أن يكون خصومهم فى الجانب الآخر، وتشيع كثير من الموالى لأنهم رأوا الحكم الأموى حكماً مصبوغاً بالإستقراطية العربية، وأن الأمويين لم يعاملوهم معاملتهم للعرب ولم يعدلوا بينهم، فاضطروا بحكم الطبيعة البشرية أن يؤيدوا من عاداهم، ولا يوجد من هم أكثر عداوة لهم من الشيعة، وتشيع قوم من الفرس لأنهم مرنوا أيام الحكم الفارسى على تعظيم البيت المالك وتقديسه، وأن دم الملوك ليس من جنس ودم الشعب، فلما دخلوا فى الإسلام نظروا الى أهل البيت نظرتهم الى البيت المالك، فإذا مات النبى صلى الله عليه وسلم فأحق الناس بالخلافة أهل بيته. وهكذا إعتنق التشيع طوائف مختلفة لأسباب ومصالح مختلفة بل إعتنقه أيضاً قوم أرادوا الإنتقام من الإسلام، فتظاهروا بالغلو فيه خديعة ومكراً، وهذا أمر طبيعى فى كل حزب، ففيه دائماً المخلص والمدلس ومن يعتقده ديناً ومبدأ ومن يراه جلباً لمصلحة وتحقيقاً لهدف وغاية([22]).

يقول إبن خلدون فى مقدمته أعلم أن الشيعة لغة هم الصحب والأتباع. ويطلق فى عرف الفقهاء والمتكلمين من الخلف والسلف على أتباع علي وبنيه رضى الله عنهم ومذهبهم جميعاً متفقين عليه فى أن الإمامة ليست من المصالح العامة التى تفوض الى نظر الأمة، بل هى ركن الدين وقاعدة الإسلام ولا يجوز لنبى إغفاله ولا تفويضه الى الأمة. بل يجب عليه تعيين الإمام لهم، ويكون معصوماً من الكبائر والصغائر، وأن علياً رضى الله عنه هو الخليفة المختار من النبى صلى الله عليه وسلم، وأنه أفضل الصحابة رضوان الله تبارك وتعالى عليهم([23]). لم يكتف إذاً أهل الشيعة بالقول بأن الإمام ركن من أركان الدين([24]) وأن النبى ملزم بتعيين الإمام، وإنما ذهبوا الى أبعد من ذلك، الى أن قالوا بأن الرسول صلى الله عليه و سلم قد إختاره خليفة وهو على بن أبى طالب رضى الله عنه. ويبدو أن الشيعة قد تأثروا ببعض المفاهيم السياسية التى كانت سائدة عند الفرس واليهود وإن كان تأثرهم بالفرس عند

المفاهيم السياسية التى كانت سائدة عند الفرس واليهود وإن كان تأثرهم بالفرس عند بعض العلماء أكثر وضوحاً خاصة ما إتصل بالنظام الملكى وتقديسه وإعتبار طاعة الحاكم واجبة لان فى طاعته طاعة الله([٢٥]). إلا أن بعضاً آخر من العلماء الأوربيين يقرر ان الشيعة أخذت من اليهودية أكثر مما أخذت من الفارسية مستدلاً بأن عبد الله بن سبأ أول من أظهر الدعوة الى تقديس علي كان يهودياً([٢٦]).

وينقسم الشيعة الى فرق كثيرة تختلف فيما بينها رأياً وفكراً. فهناك السبئية والغرابية والزيدية والكيسانية والإمامية والإثنى عشرية والإمامية الإسماعلية والحاكمية والدروز والنصيرية([٢٧]). ومن هذه الفرق من غالى فى تقدير علي وأبنائه حتى أخرجتهم تلك المغالاة من الإسلام، كالسبئية والكيسانية والغرابية، ومنهم من إعتدل فى تقديره وتقييمه كبعض من الإمامية والزيدية فمن الغلاة نجد السبئية التى قالت بألوهية علي وبرجعة النبى محمد الى الحياة الدنيا وبأن علي لم يقتل بل صعد إلى السماء([٢٨]) ومنهم الغرابية التى زعمت أن الرسالة كانت موجهة من الله الى علي، ولكن خطأ جبريل هو الذى أوصلها الى محمد. وقد يظن بعضهم أن تسميتها بالغرابية نسبة الى غرابة تفكيرهم وإستهجانه، ولكن تسميتهم فى الواقع ترجع الى ما قالوه من تشابه كبير بين الرسول عليه السلام وعلى رضى الله عنه الى درجة تشابه الغراب بالغراب([٢٩]). ومنهم الكيسانية وإعتقدوا بعصمة الإمام لأنه مقدس، وبالتالى ففى طاعته طاعة لله([٣٠]) فالأئمة عندهم معصومون من الخطأ([٣١]) ولعل هذه الفكرة فارسية أدخلها الفرس الذين درجوا على أرستقراطية الملوك وتقديسهم لذلك سماها العرب نزعة كسروية([٣٢]) لمخالفتها الطبيعة الإنسانية ولا سيما فى هذه البيئة العربية الإسلامية التى لا تعرف إلا الديمقراطية.

أما الإمامية فهى التى يدخل فى عموميتها أكثر مذاهب الشيعة القائمة حتى الآن فى العالم الإسلامى فى إيران والعراق وباكستان، ولقد سموا بهذا الإسم نسبة الى الإمام لأنهم أكثروا من الإهتمام به وركزوا كثيرا من تعاليمهم حوله، فالذى يجمعهم هو قولهم بأن الأئمة لم يعرفوا بالوصف كما قالت بعض الفرق كالزيدية وإنما بالتعيين حيث عين النبى صلى الله عليه وسلم الإمام علي وهو الذى عين من بعده أوصياؤه الحسن ثم الحسين ويقولون بأن معرفة الإمام وتعيينه أصل من أصول الإيمان، وإذا كان علي معينا بالإسم من النبى صلى الله عليه وسلم فأبو بكر وعمر مغتصبان ظالمان يجب التبرؤ منهما.

كل هذا أدى الى خلاف نتج عنه ظهور أكثر من سبعين فرقة أشهرها الإثنى عشرية والإسماعيلية(٣٣) فالإثنى عشرية والتى ما زالت منتشرة فى إيران والعراق فإنهم يجعلون الإمام من الإثنى عشرية إماما يبدأون من علي إبن أبى طالب الى الثانى عشر وهو محمد بن الحسن العسكرى ويلقبونه بالمهدى المنتظر الذى إختفى سنة ٢٠٦هـ وسيعود فى آخر الزمان فيملأ الأرض عدلاً. وأهم مسألة يدور عليها كلام الإمامية مسألة الإمام فهم يرون أن له صلة روحية بالله من جنس التى للأنبياء والرسل. فالإمام فى نظرهم يوحى اليه، والإيمان بالإمام جزء من الإيمان بشكل عام. فالأئمة هم الهداة وهم ولاة الله وخزنة علمه ولهم مقام لا يبلغه ملك مقرب ولا نبى مرسل(٣٤) وبهذا النظر يسبغ الشيعة على الإمام نوعاً من التقديس، فهو بذلك فوق الناس فى طبيعته وتصرفاته وهو مشرع وهو منفذ، ولا يسأل عما يفعل، والخير والشر يقاس به، وهو قائد روحى وله سلطة تفوق حتى سلطة البابا فى الكنيسة الكاثوليكية وبالتالى فله سلطة مطلقة فى التشريع(٣٥) فعقيدة الشيعة بهذا الفكر تعطى للخليفة أو الإمام سلطة لا حد لها وليس لأحد أن يعترض عليه أو يناقشه(٣٦) ولا لثائر أن يثور فى وجهة ويدعى الظلم وهى بذلك أبعد ما تكون عن الديمقراطية الصحيحة التى تجعل الحكم للشعب فى مصلحة الشعب وتزن التصرفات بميزان العقل ولا تجعل الخليفة والإمام والملك إلا خادماً للشعب، ومن لا يخدمهم لا يستحق البقاء فى الحكم(٣٧)، ويقول الأستاذ أحمد أمين فى ضحى الإسلام قبل نصف قرن "عام ١٩٣٦م" أن أفكار الشيعة فى هذا المجال هى أوهام جرت على الناس البلاء وجعلتهم يخضعون خضوعاً مطلقاً للظلم والفساد ويرضون به ولا يرفعون صوتهم بالنقد، بل ولا يقومون بأضعف الإيمان وهو الإستنكار بالقلب. ويستطرد قائلاً أن النظر الشيعى الى الإمام يلقى على تاريخ الفاطميين وعلى كل الدول الشيعية ضوءاً قوياً، فنعرف السر لم كان يخضع الناس للخلفاء وكيف ينظرون اليهم نظرة التقديس، وكيف كانت تقابل أعمالهم مهما جارت وظلمت بالقبول والإستحسان، ويدلل على هذا الإستعراض ديوان إبن هانئ الأندلسى المغربى الشيعى فى مدح المعز لدين الله الفاطمى، ومن الأبيات التى يذكرها(٣٨):

ما شئت لا ما شاءت الأقدار	*	فاحكم فأنت الواحد القهار
وكأنما أنت النبى محمد	*	وكأنما أنصارك الأنصار
أنت الذى كانت تبشرنا به	*	فى كتبها الأحبار والأخبار

وترفع الإمامية الإسماعيلية المسئولية عن الإمام، لأنهم يرون مع الإثنى عشرية، عصمة الإمام وحق التشريع بل يذهبون أكثر من ذلك الى إعتبار أقوال الإمام كنصوص الشرع تماماً يجب اعمالها ولا يسوغ إهمالها(٣٩) والإمامية الإسماعيلية ترى أن إنتقال الإمامية من جعفر الصادق ليس لإبنه موسى الكاظم كما هو عند الإثنى عشرية، ولكن الى إبنه إسماعيل ولهذا سموا الإسماعيلية، ومنهم ظهرت فرقة الباطنية(٤٠) أو الباطنيين وذلك لاتجاهم الى الإستخفاء عن الناس وقولهم أن الإمام مستور وأن للشريعة ظاهر وباطن وأن الناس يعلمون علم الظاهر وعند الإمام علم الباطن، هذا وإذا كانت بعض الفرق التى ذكرناها وغيرها كالحاكمية والدروز، قد إتخذت موقفاً مغالياً من علي وبنيه فهناك من إتسم بالإعتدال والتعقل وأشهرها الزيدية. فالزيديون لم يرفعوا الأئمة الى مرتبة الألوهية أو النبوة، بل إعتبروهم كسائر الناس، لكنهم أفضلهم بعد محمد صلى الله عليه وسلم، وهم فى تعاليمهم أقرب الى أهل السنة، ولا يقولون بعصمة الأئمة، وقد أقر زعيمهم زيد بن عني بن الحسين بن علي بن أبى طالب، خلافة أبى بكر وعمر ولم يخالف الجماعة فى هذا(٤١). وعلى هذا إذا كان الزيديون يرون أن الإمام الذى عينه النبى صلى الله عليه وسلم هو علي بن أبى طالب، إلا أنهم لم يبنوا رأيهم هذا على أساس الإسم أو الشخص بل جاء التعيين من خلال الوصف، والتعريف، لأنه ينطبق على علي بن أبى طالب كل وصف مطلوب فى الإمام كالنسب والورع والتقوى والعلم. أما إقرارهم بصحة بيعة أبى بكر وعمر فكان مبنياً على إختيار أهل الحل والعقد الذى يلزم الأمة بعد ذلك. ومن هنا نرى أن الزيديين هم أقرب فرق الشيعة لاهل السنة لإعتدالهم وعدم مغالاتهم فى تقدير علي وبنيه وما ترتب على ذلك من مبادئ سياسية تتعلق بنظام الحكم الإسلامى.

والخلاصة أن الشيعة حزب سياسى وأنهم حاولوا إقامة حكومة فى البيت الهاشمى يضفون عليها قداسة دينية ويسندونها بقرابتهم للرسول صلى الله عليه وسلم ووجدوا فى ذلك معارضين من بنى أمية. ثم إنقسموا على أنفسهم الى معسكرين، معسكر العلويين ومعسكر العباسيين، وقام العلويون بمعارضة العباسيين وإن كانت ثورتهم دائماً تقوم بإسم علي وبنيه، إذ أن العلويين كانوا يحتجون بقرابتهم للرسول صلى الله عليه وسلم ولما جاء العباسيون نازعوهم هذه الحجة نفسها، وقالوا أنهم أشد منهم قرابة للرسول صلى الله عليه وسلم، فالعباسيون يرجعون الى العباس عم النبى، والعلويون ينتسبون الى علي إبن عم النبى صلى الله عليه وسلم والعم أقرب من إبن العم(٤٢).

الفرع الثانى

الخوارج

أولاً: ظهور الخوارج:

قلما يعرض تاريخ الطوائف السياسية فى الإسلام طائفة تضارع فى الغيرة على الدعوة والإخلاص للمبدأ والتفانى فى تحقيق الغاية، كطائفة الخوارج الإسلامية، لم يكن الخوارج فرقة سرية بل نشأوا فى وضح النهار ودعوا الى تعاليمهم علانية وقد نشأت حركتهم منذ مقتل عثمان ثالث الخلفاء الراشدين، وهو حادث مازال يحوطه كثير من الغموض والريب. والظاهر أن الخوارج وإن لم يجاهروا وقتئذ بمبدئهم السياسى فقد إشتركوا فى تدبير هذه الجريمة أو على الأقل حرضوا على إرتكابها، ثم كانوا بعد ذلك عوناً لعلي إبن أبى طالب فى تولى الخلافة. وهذا ما يفسره وقوفهم منذ البداية الى جانب علي فى محاربة أنصار الخليفة المقتول والمطالبين بثأره، ثم خروجهم عليه بعد ذلك حينما رضى بمهادنة خصومه، وقبل فكرة التحكيم حسماً بينه وبينهم، وهنا إتخذت حركة الخوراج صبغتها السياسية.

وأصل هذا الخلاف يرجع الى أنه لما قتل عثمان وتولى على الخلافة ثار عليه فريق من خصومه وعلى رأسهم بعض الزعماء المشهورين طلحة إبن عبيد الله والزبير بن العوام ومعهم السيدة عائشة زوج النبى وقد نهضوا فى الحقيقة لاسقاط على ولكنهم إنتحلوا لخروجهم مسألة المطالبة بدم عثمان ومعاقبة قاتليه وقد كان هذا إحراجاً لعلي وتحدياً له فى الواقع لأنه نال الخلافة بمؤزارة الجناه وأنصارهم، بيد أنه حاول أن يهدئ الخارجين بالتبرئ من دم عثمان ولعن قاتليه فى خطبه وأحاديثه فلم يقنع الثوار منه بذلك وإستعدوا لمحاربته، وإلتقى الفريقان بجوار البصرة، ونشبت بينهم موقعة تعرف بموقعه الجمل سنة ٣٦هـ هزم فيها الثوار وقتل طلحة والزبير. وكان معاوية بن أبي سفيان والياً على الشام منذ خلافة إبن عمه عثمان. وكان علي حينما ولى الخلافة قد أراد أن ينزع كل ولاة عثمان من الحكم وأن يولى مكانهم نفراً من صحبه فبعث الى الشام عامله سهل بن حنيف فرده أهلها، وأظهر معاوية الخلاف، ووجد فى المطالبة بدم عثمان حجة يستر بها مطامعه فى الخلافة والملك فإستأنف دعوة طلحة والزبير، وحاول على أن يحسم الخلاف بينه وبين خصمه القوى بالمفاوضة والمكاتبة، فلم يجبه معاوية الى السلم، بل تجهز للحرب وتلاقياً بموقعه صفين سنة ٣٧هـ- ٦٥٧م، ونشبت بينهما معركة هائلة كادت تسحق فيها جيوش الشام لولا أن لجأ حليف معاوية

عمرو بن العاص الى فكرته المشهورة فى الإشارة على اهل الشام **برفع المصاحف فوق الرماح**، ودعوة أهل العراق الى حقن الدماء وتحكيم القرآن فى حسم الخلاف وكانت هذه حيلة صائبة أوقعت التفرق بين أنصار علي إذ رأى بعضهم قبول الدعوى وعارض البعض الآخر. وكان **علي يؤثر رفضها لأنه** أدرك أنها خدعة دبرها خصومه لإجتناب الهزيمة وإغتنام الوقت، ولكنه إضطر الى قبولها خشية التمرد، **ولأن القبول كان رأى الأغلبية**. وكان أشد الخارجين عليه عندئذ وأكثرهم إلحاحاً فى قبول التحكيم جماعة من الزعماء منهم **الأشعث بن قيس ومسعود بن فدكى التميمى وزيد بن الحصين الطائى حين قالوا**: القوم يدعوننا الى كتاب الله **وأنت تدعونا الى السيف، وأولئك هم الفريق الأول من الخوارج([٤٣])**.

ثم إختار أهل العراق أبا موسى الأشعرى حكماً لهم، وإختار أهل الشام عمرو بن العاص وكتب الفريقان وثيقة بالتحكيم نص فيها على تفويض الحكمين لتطبيق نصوص القرآن والسنة وعلى وقف الحرب والقتال حتى يتم التحكيم فى ظرف أشهر من عقد الهدنة وكان ذلك فى صفر سنة ٣٧هـ.

وفى رمضان سنة ٣٧هـ إجتمع الحكمان **بحصن دومة الجندل فى إحدى قرى الشام** ومع كل منهما أربعمائة رجل من الفريق الذى يمثله، وهنا **لجأ عمر الى وسيلة معينة حيث إتفق مع أبى موسى الأشعرى على أن يخلعا علياً ومعاوية وأن يكون الأسر بعد خلعهما للمسلمين فيختاروا للخلافة من شاءوا، ودفع أبا موسى الى البدء بإعلان هذا القرار، ثم نهض** فى أثره ووافقه على خلع علي ولكنه نادى بولاية معاوية فبويع معاوية بالخلافة على أثر ذلك وإشتد الإضطراب والتفرق بين أنصار علي. وكان نفر من أهل العراق ممن غضبوا لفكرة التحكيم قد طلبوا الى علي أن يرجع عن خطئه وأن يمضى فى الحرب، وأوفدوا اليه من زعمائهم رجلين هما **زرع بن البرج الطائى وحرقوص بن زهير السعدى** فهدداه بالخروج والحرب إذا أصر على قبول التحكيم، فإحتج علي بالعهد الذى أبرمه وعندئذ أعلن المعارضون خروجهم عليه وأولئك هم **الفريق الثانى من الخوارج**.

ثم إجتمع الخوارج سواء من قبل التحكيم منهم ومن لم يقبله وإختاروا لزعمائهم **عبد الله بن وهب الراسى** فكان أول رؤسائهم. وإستقر أمرهم على مغادرة الكوفة وإعلان الثورة فى بعض الأنحاء إنكاراً لهذه "البدعة المضلة والأحكام الجائرة. وكتبوا الى أنصارهم فى البصرة يستحثونهم على اللحاق بهم ثم إتجهوا نحو الشمال إجتناباً لقتال عامل علي على

المدائن وإستقروا بظاهر قرية على دجلة تعرف بالنهراوان.وتبعهم خوارج البصـــرة بقيـــادة مسعود بن فدكى بعد أن نشبت بينهم وبين قوة من أصحاب علي معركة قصيرة، وخشى علـــى عواقب ذلك الإنقسام الجديد في صفوفه فحاول أن يلاطف الخـــارجين وأن يقنعـــهم بخطئـــهم وأرسل إبن عمه عبد الله بن عباس الى مفاوضتهم ثم ذهب إلى لقائهم بنفسه فـــى حـــروراء بالقرب من الكوفة قبل أن يسيروا نحو الشمال وإستطاع أن يقنع نفراً منـــــهم بـــالعدول عـــن ثورتهم وسار الباقون الى النهراوان وأخذوا فى تنظيم جموعهم والإستعداد للحرب. فعاد الـــى الكوفة معتزماً قتال الخوارج منكراً شأن الحكمين وخطب الناس يقول (ألا أن هذين الحكميـــن نبذا حكم القرآن وإتبع كل واحد هواه وإختلفا فى الحكم وكلاهما لم يرشد).

غير أنه رأى أن ينتهى من قتال منافسة بادئ ذى بدء وبذل لدى الخـــوارج مجـــهوداً أخيراً وإستحثهم على أن يعودوا الى صفوفه لمقاتلة أهل الشام ولكنهم أصروا على الخـــلاف. فأخذ عندئذ فى الأهبة لمحاربة معاوية وحشد كل قواته فبلغت نحو سبعين ألف مقاتل. وبينمـــا هو يعتزم السير الى الشام إذ بلغه أن خوارج البصرة قتلوا واحداً من صحابة النبى صلـــى الله عليه وسلم هو عبد الله بن جناب وزوجه وإنهم يعيثون فساداً فى تلك الأنحاء ويقتلون النســـاء والأطفال فبعث اليهم رسولاً ينهاهم وينذرهم فقتلوه، فعندئذ إستقر رأيه ورأى أصحابـــه علـــى مقاتلة الخوراج أولاً فسار نحو الشمال ولقيهم وأنذرهم بسوء العاقبة فى خطـــاب لخـــص فيـــه أوجه الخلاف بينه وبين خصومه فى قوله (ألم تعلموا إنى نهيتكم عن الحكومة وأخـــبرتكم أن طلب القوم لها مكيدة وأنبأتكم أن القوم ليسوا بأصحاب دين ولا قرآن وإنى أعرف بهم منكـــم، قد عرفتهم أطفالاً وعرفتهم رجالاً فهم شر رجال وشر أطفال وهم أهل المكر والغدر وإنكـــم إن فارقتمونى ورأيى جانبتم الخير والحزم فعصيتمونى وأكرهتمونى حتى حكمـــت، فلمـــا فعلـــت إستوثقت وأخذت على الحكمين أن يحييا ما أحيا القرآن منه فإختلفا وخالفا حكم الكتاب والســـنة وعملاً بالهوى فنفذنا أمرهما) فلم يصغ الثائرون الى نصحه. ونشب القتال بين الفريقين ونـــادت الخوارج (لا حكم إلا لله الرواح الرواح الى الجنة) وكانت قواتـــهم لا تتجـــاوز أربعـــة آلاف، إنشق منها فى بدء القتال نحو النصف وإقتتل الباقون قتالاً شرساً وقتل من زعمائهم عبد الله بن وهب وزيد بن حصن وحرقوس إبن زهير ولم يبق منهم إلا أفراد قلائل فـــروا الـــى مختلـــف الأنحاء سنة ٣٨هـــ وعاد الى الكوفة ليتم إستعداده لقتال معاوية. ولكنه لقى من جنده إعراضـــاً ونفوراً، وإنفض عنه أصحابه وقواده فسكت على مضض ولبث يرقب الحوادث(٤٤).لـــم تكـــن معركة النهروان نهاية الخوارج فإن أغراضهم ما لبثت أن شملت معظم النواحى، وخرج كثـــير

من الزعماء الذين إعتنقوا دعوة الخوارج فى جموع صغيرة ونشبت بينهم وبين قوات علي معارك عدة. وكان من أخطر هذه الثورات المحلية قيام زعيم من تميم يدعى **أبو مريم السعدى** خرج فى قوة صغيرة من أصحابه وزحف بها على الكوفة ذاتها ودعا علي الى بيعته فبعث اليه علي بالجند فهزم أبو مريم بعد قتال مرير وقام زعيم يدعى **الخريت بن راشد** صار من الكوفة معلناً الثورة فأرسل إليه علي جنده ونشبت بينهما موقعة إرتحل خريت على أثرها إلى الأهواز فى إيران وأعلن دعوته هناك.

وفى ذلك الحين دبر الخوارج أول مؤامرة منظمة لقتل الرؤساء المخالفين لهم فى الرأى فإجتمع بعضهم سراً فى مكة أثناء الحج، وقرروا قتل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ومعاوية بن سفيان وعمرو بن العاص، **وتعهد عبد الرحمن بن ملجم المرادى بقتل علي وتعهد الحجاج بن عبد الله الصريمى بقتل معاوية وكذلك تعهد عمرو بن بكر التميمى بقتل عمرو بن العاص**، على أن يكون التنفيذ فى وقت واحد هو يوم ١٧رمضان سنة ٤٠هـ، فسار إبن ملجم إلى الكوفة سراً وتأهب هناك لتنفيذ الجريمة بمعاونة حسناء من الخوارج هام بها وتزوج منها وإثنين من شيعته يدعيان شبيب ووردان. وفى ليلة التنفيذ ذهب مع صاحبيه إلى المسجد، فلما خرج علي ونادى إلى الصلاة إنقضوا عليه وضربه شبيب بسيفه فأخطأه، وضربه إبن ملجم بسيفه على مقدمة رأسه صائحاً **(الحكم لله لا لك يا علي ولا لأصحابك)** فجرحه جرحاً بالغاً توفى بعده بيومين وقتل إبن ملجم بعد أن عذب وقطعت أطرافه، وفقد الإسلام بمقتل علي زعيماً من أكبر زعمائه وطويت صفحة من أمجد صحف الفروسية، **أما الحجاج بن الصريمى وعمرو بن بكر فسار أولهما الى الشام** وكمن لمعاوية فى الليلة المتفق عليها وطعنه بسيفه فأصابه فى أعلى الساق بجرح يسير وبرئ منه. **وسار ثانيهما إلى مصر** وكان عمرو قد دخلها منذ بيعة معاوية، وكمن له ليلة التنفيذ، ولكن عمرا لم يخرج الى الصلاة فى تلك الليلة لمرض أصابه فقتل إبن بكر رسوله خارجة الذى أنابه للصلاة عنه معتقداً أنه عمرو، ولما مثل أمام عمرو قال **(أردت عمراً وأراد الله خارجه).**

ولما قتل أمير المؤمنين علي بن أبى طالب بايع أصحابه **إبنه الحسن بالخلافة** وبويع بها بنفس الوقت **معاوية بن أبى سفيان** ولقب بأمير المؤمنين وكان قد بويع بها كما قدمنا منذ إجتماع الحكمين. ثم زحف فى أهل الشام لقتال الحسن وسار الحسن إلى لقائه فى أهل العراق، غير أنه ما كاد يبلغ المدائن حتى ثار عليه الجند وإنفض معظمهم عنه فإضطر إلى مفاوضة

معاوية ونزل اليه عن الخلافة على أن يعطيه ما فى بيت المال بالكوفة ومبلغاً آخر وخراجا من دار إبجرد من فارس وشروطاً أخرى. ثم إرتحل إلى المدينة وإستتب الأمر لمعاوية، وإتفق الجماعة على بيعته ما عدا الخوارج ثم **الشيعة الذين إجتمعوا فى مكة حول الحسين بن علي**([٤٥]).

ثانياً: أصل تسمية الخوارج:

بدأ تاريخ الخوارج السياسى- كما رأينا- عقب معركة صفين سنة ٣٧هجرية حين أنكروا واقعة التحكيم التى تمت بين أبى موسى الأشعرى ممثلاً لعلي بن أبى طالب وعمرو بن العاص ممثلاً لمعاوية بن أبى سفيان، حيث قال بعض الذين خرجوا على علي بن أبى طالب رافضين التحكيم (أنه لا حكم إلا الله) فرد عليهم علي بقوله المشهور (كلمة حق يراد بها باطل) وإنما مذهبهم ألا يكون أميراً ولابد من أمير باراً كان أو فاجراً. وقد سمى الخوارج بأسماء عدة منها **المحكمة والحرورية** والشراه ([٤٦]). فأما سبب تسميتهم **بالخوارج** فهو لخروجهم على علي بن أبى طالب بعد واقعة التحكيم، أو من الخروج إعتماداً على قوله تعالى فى سورة النساء الآية ١٠٠(ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله) أما تسميتهم **بالمحكمة** فيرجع لقولهم الشهير (لا حكم إلا لله) ثم **بالحرورية** نسبة الى حروراء، وهى أول بلد خرجوا إليها بعد تمردهم. ثم **بالشراة** لأنهم شروا أنفسهم إبتغاء مرضاة الله تعالى أخذاً من الآية الكريمة ٢٠٧ فى سورة البقرة (ومن الناس من يشرى نفسه إبتغاء مرضاة الله)([٤٧]) **ومذهب الخوارج مذهب سياسى**، لهذا يذهب أغلب الفقه إلى إستعمال لفظ حزب بدلاً من مذهب أو فرقة، لما يتضمنه هذا الإصلاح من الدلالة على المعنى السياسى أكثر من الدلالة على المعنى الدينى وهذا مستشف من مجمل المبادئ التى قامت عليها فرقهم المتعددة([٤٨]).

ثالثا: المبادئ الدستورية التى تجمع فرق الخوارج([٤٩]):

إعتنقت فرق الخوارج مجموعة من المبادئ الدستورية التى تدور حول الخلافة والحكم منها:

١- **أن الخلافة حق لكل مسلم كفء**، تجتمع فيه صفات العدل والعلم والزهد. فلا يشترط فى الخليفة (الحاكم) أن يكون عربياً كما تذهب إليه بعض الأحزاب الأخرى. ولا يشترط أن يكون

قرشياً كما يراه بعض أهل السنة، ولا من بنى أمية كما يراه الأمويون، ولا من بيت الرسول كما طالبت به الشيعة([50]) فالخلافة فى نظرهم حق مشترك بين المسلمين يتولاه الصالح للنهوض به فى أى جنس أو طبقة، فليس بلازم أن يكون عربياً ولا قرشياً كما يقول الزبيريون ولا هاشمياً كما تقول الشيعة ولا أموياً كما يقول الأمويون فالخوراج هم عكس هذه الإرستقراطية الجنسية أو القبلية أو العائلية، فكانوا دعاة المساواة الإسلامية التى تمثلها الآية الكريمة (إن أكرمكم عند الله أتقاكم).

٢- إختيار الخليفة يجب أن يتم بإنتخاب حر صحيح، يقوم به جميع المسلمين دون قيود أو شروط([51]).

٣- فترة الخلافة ليست محدودة بمدة زمنية، وإنما يستمر الخليفة فى الحكم ما دام قائماً بالعدل متبعاً للشرع مبتعداً عن الخطأ والزيغ، فإن حاد وجب عزله، وإلا قوتل حتى يقتل([52]).

٤- يرى الخوارج أنه لا حاجة الى الإمام إذا أمكن للناس أن يتناصفوا فيما بينهم، فإن رأوا أن التناصف لا يتم الا بإمام يحملهم على الحق فإنتخبوه فهو جائز، وبالتالى فالإمامة عندهم ليست واجبة وإنما جائزة وإذا وجبت فإنما تجب بحكم المصلحة والحاجة([53]). ونستدل على ذلك بقول علي بن أبى طالب فيهم (وإنما مذهبهم ألا يكون أمير ولا بد من أمير، باراً كان أو فاجراً). وقد أقر الخوارج بصحة البيعة لأبى بكر وعمر، بل والثناء على أعمالهم والإعتراف بصحة خلافة عثمان فى السنوات الأولى من حكمه والتبرؤ منه فى السنوات الباقية. أما علي فقد أقروا أيضاً بخلافته قبل التحكيم، أما بعد التحكيم فيقضون عليه بالكفر. هذا وإذا كان الأستاذ مصطفى الشكعة يرى فى مبادئ الخوارج أساساً لجمهورية عربية ديمقراطية وذلك لمناداتهم بأن الخلافة حق لكل عربى حر، فإن ذلك كان فى بداية عهدهم، أما وقد إستغنوا عن العروبة لإنضمام كثير من الأعاجم لهم، وصيرورة الخلافة حقاً لكل عالم عادل، فإننا نرى فى هذه المبادئ الجديدة بعد التخلىعن العروبة، بمثابة أسس لجمهورية إسلامية ديمقراطية([54]).

رابعاً: أحزاب الخوارج:

إنقسم الخوارج إلى أحزاب كثيرة متعددة ويقول الدكتور مصطفى الشكعة إن إختيار لفظ حزب وعدم إختيار لفظ فرقة يرجع الى ما تقمصته كلمة حزب من الدلالة على المعنى السياسى أكثر منها دلالة على المعنى الدينى. ولقد كان أكثر من إعتنق المذهب الخارجى من

الأزد اليمانية، ومن تميم المضرية، وإنضم اليها بعض الموالى رغبة فى مذهبهم القائم على المساواة بين المسلمين، ولا فضل لعربى على أعجمى إلا بالتقوى، وأن الحكومة تكون لأكفائها من الرجال دون مراعاة جنس أو طبقة. نشأوا فى أول الأمر حول البصرة وإمتازوا ببساطة العيش وثقافة الدين، لم تفسدهم الحضارة، **فكانوا مثال الشجاعة وصدق العقيدة والإخلاص فى التدين لا يخافون لوماً أو هلاكاً**[٥٥]. كل هذه المبادئ كانت تجمع الخوارج فى جملتهم، ولكن الأحداث والمحن التى توالت عليهم، وكثرة خلافاتهم، كان لها أكبر الأثر فى تطور مذهبهم وتفرقهم شيعاً وأحزاباً **زادت عن العشرين ومن أشهرها**[٥٦]:

١- **الأزارقة:** وهم من أشد الخوارج بأساً وأقواهم شكيمة، وينتسبون الى **أبى راشد نافع بن الأزرق الحنفى** الذى قتل فى معاركة مع عبد الله بن الزبير ثم تولى القيادة بعده زعيمهم المشهور قطرى بن الفجاءة [٥٧]. **وكان الأزارقة** متطرفين فى أفكارهم وأحكامهم حتى رموا بالشرك كل من يخالف مبادئهم وإعتبروا داره دار حرب مستباحة، **وكفروا علي بن أبي طالب، وإعتبروا قاتله عبد الرحمن بن ملجم شهيداً**[٥٨]. ويرى الأزارقة أيضاً أن القعود عن القتال إثم ويقال أنهم كفروا جميع المسلمين وأحلوا قتل أطفالهم.

٢- **النجدات: وهم أتباع نجدة بن عامر الحنفى**، خالفوا الأزارقة فى إستحلال قتل الأطفال، كما خالفوهم فى حصانة أهل الذمة وذلك لإباحة دمائهم كما تباح دماء المسلمين الذين يعيشون فى كنفهم. أما المبدأ السياسى الذى تميزوا به عن غيرهم من الفرق فهو أخذهم **بمبدأ جوازية الإمامة على إعتبار وجود الإمام شرطاً مصلحياً وليس وجوبياً**[٥٩]. وقالوا بعذر المجتهد إن أخطأ وصلب الدين عندهم هو معرفة الله ورسوله.

٣- **الصفرية: وهم أتباع زياد بن الأصفر**، وكانوا أميل الى المسالمة والإعتدال من الأزارقة، فهم لم يعتبروا مرتكب الكبيرة كافراً وإنما إعتبروه عاصياً وبالتالى فهم لم يبيحوا دماء المسلمين[٦٠].

٤- **العجاردة: وهم أتباع عبد الكريم بن عجرد**، الذى خرج على نجدة بن عويمر، وبالتالى فآراؤهم تقرب آراء النجدات لأنهم من أصل واحد وإن كانوا لا يرون وجوب الجهاد المستمر، وكذلك فهم لا يرون إستباحة الأموال ولا يباح مال مخالفهم، إلا إذا قاتل، ولا يقتل إلا من يقاتل[٦١].

٥- الأباضية : وهم أتباع عبدالله بن إباض التميمى وهم أكثر الخوارج إعتدالاً وأقربهم الى أهل السنة فكراً وأبعدهم عن الغلو والتعسف. لذلك فهم لا يزالون حتى يومنا هذا يسكنون عمان واليمن والمغرب العربى وبعض أطراف الجزيرة العربية([٦٢]). ويقال أن الأباضية يغضبون حين يسمعون أحداً ينسبهم الى الخوارج، لأنهم تبرأوا منهم ويقولون نحن أباضية كالشافعية والحنفية المالكية([٦٣]) وخلاصة ما يراه الإباضية أن مخالفيهم من المسلمين ليسوا مشركين ولا مؤمنين بل هم كفار لأنهم لا يكفرون بالعقيدة وإنما يكفرون النعمة. أما دماؤهم ودارهم فهى حرام. وإن الإمام لا يشترط فيه أن يكون قرشياً. بل يكفى أن يكون ورعاً تقياً، وإذا إنحرف ينبغى خلعه([٦٤]).

والخلاصة أن الخوارج حزب سياسى له مبادئ فى نظام الحكومة الإسلامية جاهد فى سبيلها، وأقلق رجال الدولة الأموية طول عهدها([٦٥]). وإنا لندهش فى الواقع لطرافة الناحية السياسية لهذه المبادئ وعراقتها فى الحرية والديمقراطية بالمعنى المعاصر، حيث يبحث الخوارج عن إمام له من الصفات ما يستطيع معه أن يدير شئون المسلمين بإتصاف ونزاهة، ويخولون للمسلمين أن يبحثوا عنه فى أية قبيلة أو بيئة، ولا يقصرون هذا الإختيار على أسرة أو بيت معين مهما سما أصله وحسبه. والخوارج أشد الفرق الإسلامية السياسية معارضة لقيام الأسر والحكم الموروث، وأشدها مقاومة للملك الجائر وهذا هو عماد النظرية الخارجية وفيها تجتمع كل فرق المذهب وقد لاقت الشعوب الإسلامية فى جميع أدوار تاريخها من بطش الأسر وعسف الحكم الموروث ما يدل على أن الخوارج كانوا فى صوغ مذهبهم السياسى أبعد الفرق الإسلامية نظراً فى إدراك مطامع الأسر والمتغلبين من أصحاب العهد الموروث وأحسنها تقديراً للنزاعات والأهواء البشرية، وأوفرها إحتراماً لرغبات الأفراد وحرياتهم. بل إنا لندهش حقاً متى تأملنا رأى الخوارج النجدية فى قولهم بأن ليس على الناس أن يتخذوا إماماً إنما عليهم أن يتعاطوا الحق بينهم، أليست هذه هى أحدث النظريات المتطرفة فى شكل الحكومة السياسية؟ إنها اللاحكومية بذاتها، التى يرفعها دعاتها المعاصرون فوق النظم السياسية المعروفة، أفليس من الطرفة حقاً والإبتكار المدهش أن يدعو حزب الخوارج المسلمين منذ ثلاثة عشر قرناً إلى نظام هو أحدث ما يدعى إليه اليوم من أساليب تنظيم المجتمع.

كان الخوارج دعاة هذه المثل السياسية، يخلصون لها أشد الإخلاص ويذهبون في تأييدها الى أقصى حدود التطرف، ويشهرون الحرب على كل حكومة لا تحقق مثلهم العليا في الحكم والزهد والورع، وقلما يذكر التاريخ حركة سياسية إستطال عنفها وجهادها في سبيل إستطالت حركة الخوارج، فقد لبث الخوارج يحاربون الحكومات الإسلامية القائمة زهاء قرنين من الزمان، وكانوا في كل حروبهم مثل الإقدام والجرأة والمخاطرة، ولسنا نبالغ إذ قلنا أن الخوارج أشجع جنداً عرفهم تاريخ الإسلام وأشدهم جلداً وبسالة، وهذا ما شهد به أعداء الخوارج أنفسهم في مواطن كثيرة(٦٦).

ونلاحظ أخيراً ما كان لثورة الخوارج من أثر عميق في مصائر الشعوب الإسلامية والدول الإسلامية فقد إستغرقت حروب الخوارج نشاط علي بن أبى طالب ومكنت منافسه معاوية بن أبي سفيان من الإمتناع والتأهب، ثم كان قتل إبن ملجم لعلي فصل الخطاب في تنافس الزعيمين وفي قيام الدولة الأموية، وكان من جهة أخرى عملاً حاسماً- كما رأينا- في ظهور حركة الشيعة.

الفرع الثالث
أهل السنة

الخلافة وما يدور حولها من شروط وحقوق وإلتزامات هي أساس الخلاف بين المذاهب المختلفة في تاريخ الفكر السياسى الإسلامي، ولذلك وصفت هذه المذاهب بالسياسية أو كما يطلق عليها بلغة العصر الأحزاب السياسية، وإذا إستطعنا القول أن الشيعة كانوا يمثلون اليمين وهم أنصار الملكية الوراثية ويرون في الخلافة منصباً دينياً، والخوارج يمثلون اليسار والدعوة الى الإنطلاق من كل قيد في الخلافة ويرون فيها منصباً دنيوياً، فإن أهل السنة يمثلون الوسط، فهم لا يأخذون بالملكية الوراثية ولا بالجمهورية وإنما يرون أن الخلافة منصب دنيوى ولكن لا بد منها لإقامة أمور الدين والدنيا وأن إختيار الخليفة يجب أن يتم بالإنتخاب الذى يعتبرونه أساس مشروعية وجود الحاكم(٦٧) فمن أجمع أهل الحل والربط عليه وجبت طاعته على المسليمن، فالخلافة عند أهل السنة ليست وراثية، وليست حقاً دينياً أو شرفاً موقوفاً على أحد بعينه، أو وصاية متلقاة. بل هى واجب على الأمة وحق لكل مسلم عالم عادل ثاقب النظر معروف بالإستقامة والتفقة في الدين من كتاب وسنة(٦٨). والحاكم أو الإمام عند أهل السنة لا يتمتع بحصانة أو عصمة بل شأنه شأن أى فرد في الجماعة

المسلمة. له حقوق يجب أن تؤدى له، وعليه التزامات يجب أن يؤديها، وإلا تعرض للمسئولية والخروج عليه عند بعضهم، **أما وجوب الإمامة عند أهل السنة فيستدل عليه بالنصوص القرآنية والأحاديث النبوية والإجماع**[٦٩] فقد جاء فى سورة النساء الآية ٥٩ قوله سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) وأولى الأمر تشمل الخلفاء. وأما فى السنة النبوية فيقول الرسول علية الصلاة والسلام (من أطاعنى فقد أطاع الله ومن عصانى فقد عصا الله. ومن يطع الأمير فقد أطاعنى، ومن يعصى الأمير فقد عصانى)[٧٠]. **أما عن الإجماع**، فهو إستعجال الصحابة بعد وفاة الرسول بالعمل على إقامة خليفة له، الأمر الذى أخر من دفنه حتى تمت مبايعة الخليفة الجديد أبى بكر، ولم ينكر عليهم أحد ذلك العمل **فكان إجماعاً على وجوب إقامة الخلافة.**

ويضيف بعض الدارسين الى هذه الأدلة النصية أدلة **عقلية ومنطقية** تقوم على أن وجوب الإمام يمنع الفتن والقلاقل، وأن كثيراً من الواجبات يتوقف أداؤها على الإمامة. والقاعدة الأصولية أن **(ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب)** أو **(ما يتوقف على الفرض فرض)**. وإذا كانت الخلافة فى رأى أهل السنة واجبة على الامة وحق لكل مسلم الا أن هنالك شروطاً يجب أن تتوافر فى من يرشح للخلافة حتى يتمكن من القيام بكل واجباته الدينية والدنيوية التى يقتضيها منصبه، أوردها الماوردى فى الأحكام السلطانية وهى (العدالة على شروطها الجامعة، العلم المؤدى الى الإجتهاد فى النوازل والأحكام، سلامة الحواس من السمع والبصر واللسان ليصح معها مباشرة ما يدرك بها، سلامة الأعضاء من نقص يمنع من إستيفاء الحركة وسرعة النهوض، الرأى المفضى الى سياسة الرعية وتدبير المصالح، الشجاعة والنجدة المؤدية الى حماية البيضة وجهاد العدو، والنسب وهو أن يكون من قريش لورود النص فيه وإنعقاد الإجماع عليه)[٧١].

ويذهب أغلب علماء الفقه الى أن أساس مشروعية الحاكم ينبع من مبايعة أهل الحل والعقد له، وبالتالى لا طاعة له ولو إستجمع جميع شروط الإمامة، الا إذا بايعه أهل الحل والعقد، وبهذا الرأى يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف (من إستجمع الشروط المتفق عليها لا يصير إماماً له على الناس حق الطاعة الا إذا بايعه أهل الحل والعقد الذين تختارهم الأمة من أهل العدالة والعلم والرأى، وتتبعهم فى أمورها العامة وأهمها إختيار الخليفة)[٧٢]. **إلا أننا نرى** أن المشروعية لا تستمد فقط من مبايعة أهل الحل والعقد، لأن هذه المرحلة لا تزيد عن كونها

ترشيحاً، أما الإختيار الكامل فلا يمكن أن يكون إلا بموافقة باقى المسلمين (البيعة العامة) ومنها يستمد الحاكم مشروعيته ويلتزم العامة بطاعته، أى أنه يجب التقاء إرادتين إرادة أهل الحل والعقد فى الإختيار والترشيح وإرادة باقى المسلمين فى البيعة([٧٣]).

وأصل البيعة يتفق فى الحقيقة مع نظرية العقد الإجتماعى التى فرضها العصر الحديث فى أصل الدولة حيث قرر هوبز ولوك وجان جاك روسو أن الأصل فى قيام الدولة هو عقد بين الحاكم والمحكومين على أن يقوم الحاكم بمصلحة الرعية فى نظير طاعتها والتزامها بما تفرضه الحكومة، وإن اختلفوا فى تفسير ذلك العقد ما بين مشدد فى إلتزام الحكومة ومشدد فى التزام الحاكم، وأن علماء المسلمين فى ظل النظم الإسلامية المقررة فى الإسلام قد إنتهوا الى هذا العقد وقد جعلوه واقعة عملية ولم يكن فرضاً مفروضاً على الأفراد وكان الإلتزام فيه على الحاكم أقوى من الإلتزام على المحكوم وأوثق وأشد([٧٤]).

المطلب الثانى

الفكر السياسى الإسلامى والأحزاب السياسية

أصبح لفظ الأحزاب فى الفكر السياسى الحديث يمثل مدلولاً هاماً وأداة ضرورية تعتمد عليها وتفخر بها النظم الديمقراطية المعاصرة، وعلى هذا فعلى الباحث المتأنى عدم التورط فى اللبس اللفظى والمعنوى لتعبير الأحزاب الذى لم يعد يرمز الى الصراع والفتنة والتآلب على الشر، بقدر ما يدل على تلك الوسيلة الهامة للممارسة السياسية فى النظم الديمقراطية، نظير ما تؤديه من وظائف وما تحققه من إستقرار فى المجتمعات.

وبين المفهوم القديم للأحزاب ومعطيات العالم المعاصر اختلفت وجهات نظر من تصدى لبحث موقف الفكر السياسى الإسلامى من الأحزاب السياسية بين مؤيد ومعارض، بين قائل بأن النظام السياسي الإسلامى يسمح بتعدد الأحزاب من خلال نظرتهم لحق المعارضة فى الإسلام، وقائل بأن الإسلام يرفض النظام الحزبى، سواء كان على شكل الأحزاب المتعددة أو على شكل النظام الواحد. فمن المعروف أن حق أو حرية المعارضة فى أى زمان ومكان ما هى الا النتيجة الطبيعية للتمتع بحرية الرأى والعدل والمساواة. فاذا استقامت حرية الرأى فى أمة من الأمم أو سادت حرية الكلمة، فلا بد أن يتبع ذلك نوع من المعارضة. وما دامت حرية الرأى والعدالة والمساواة تمثل قواعد ومبادئ أساسية لنظام الحكم الإسلامى، فلا بد إذاً أن توجد المعارضة وتحترم. والمعارضة فى الإسلام لا تعنى رفض كل شئ لمجرد المعارضة، أو حباً فى المخالفة أو لمجرد الإنتساب لفرقة أو حزب، بحيث يصبح الفرد مخالفاً ومعارضاً للرأى الآخر مهما كان صواباً أو مستقيماً، وإنما المعارضة فى الإسلام تعنى تصحيح الخطأ وطرح البديل وتكاتف الأيدى من أجل الصالح العام فى حدود الأصول العامة للشريعة الإسلامية(٧٥). يقول عليه الصلاة والسلام (لا يكن أحدكم إمعة، يقول أنا مع الناس، إن أحسن الناس أحسنت، وإن أساءوا أسأت، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا وإن أساءوا أن تجتنبوا إساءاتهم)(٧٦).

والمعارضة فى الإسلام هى معارضة مواقف وجزئيات وليست معارضة مبادئ وأصول. فهى لا تهدف كما فى النظم الغربية الى ازاحة السلطة الحاكمة للحلول مكانها، وإنما أول ما تهدف اليه هو كشف الخطأ وبيان وجه الصواب بمعنى أنها لا تعنى الخروج عن مبدأ

المشروعية أو عدم الطاعة لأن ذلك مستمد من البيعة التى يصفها الفقه بأنها عقد تـــم بيــن الحاكم وبين عامة المسلمين، وهذا بطبيعـــة الحـــال يفــترض فـــى الحـــاكم العـــدل وعـــدم الإنحياز([٧٧]).

لهذا كان إبداء الرأى حقاً لكل فرد من أفراد المجتمع الإسلامى خصوصاً فيمـــا يـــهم الجماعة، بل واجباً عليه كما حثنا عليه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم عندما قـــال (مــن رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، وإن لم يستطع فبقلبــــه وذلـــك أضعــف الإيمان)([٧٨]). الا أن **المعارضة البناءة الناجحة تستدعى التنظيم**، والتنظيم يســـتدعى جماعـــة مختارة من المسلمين تراقب الأفراد والجماعة والحاكم لتحاسبهم على الخطأ، قال عز وجل فـى سورة آل عمران الآية ١٠٤ (ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينــــهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون). وأجمع الفقهاء على أن المقصود **بهذه الجماعة هــــم أهــل الحل والعقد** الذين يجب أن تتوافر فيهم صفات العدل والعلم والحرية، حتى يكونــــوا قـــادرين على تحليل كافة العلاقات القائمة بين الحاكم والمحكوم، وبالتالى تتسم معارضتها بعمق التحليـل وبعد النظر وسداد الرأى([٧٩]).

وبعد هذه العجالة الضرورية حول **حق المعارضة فى الإسلام** نقســـم موقـــف الفكـــر السياسى الإسلامى من الأحزاب السياسية الى فرعين، **الأول** ندرس فيه الرأى المؤيـــد لتعـــدد الأحزاب **والثانى** نخصصه للرأى المعارض لتعدد الأحزاب فى الإسلام.

الفرع الأول
الفكر المؤيد لتعدد الأحزاب

يذهب بعض العلماء الى إمكانية قيام أحزاب متعددة فى ظل نظام الحكم الإسـلامى لأن ذلك لا يتنافى مع ما يقرره الإسلام من أحكام ومبادئ، ويستند هؤلاء الى ما يأتى:([٨٠])

١- **المبادئ الدستورية العامة التى يتناولها النظام الإسلامى وهـــى الشـــورى والحريـــة** والعدالة والمساواة...الخ، هذه المبادئ **يصعب الحفاظ عليها الا فى نظام يحـــترم التنظيمـــات السياسية الشعبية**، بل ويضمن لها ممارسة نشاطها فى حدود الصالح العام وأحكام الشـــريعة الإسلامية، فالشورى والمعارضة طريقتان لوسيلة واحدة هدفها تبـــادل الـــرأى بيــن الحـــاكم والمحكوم من أجل المصلحة العامة وفى حدود الصالح العام **وإذا كان الحاكم فى صدر الإسـلام**

قادراً على الإحاطة بكل مشاكل عصره الفقهية والسياسية، فان الوضع فى العصر الحديث قد تغير كثيراً، فالحاكم فى حاجة الى ما يسترشد به ويسانده من ناحية والمعارضة بحاجة الى من ينظمها ويقودها من ناحية أخرى، وكلاهما تقوم به الأحزاب السياسية فى الوقت الحاضر... وبالعدالة والمساواة يستطيع الضعيف أن يتمتع بالتعامل مثل القوى تماماً، كذلك الشأن بالنسبة للفقير والغنى، ولكن ما الذى يحمل الفرد فى عصر تعددت مشاكله وإتسعت فيه مجالات تدخل السلطة على إبداء رأيه وضمان وصوله للحاكم. إنها بطبيعة الحال تلك التنظيمات الشعبية السياسية القادرة على ضم هذه المجموعات وإعطائها الفرص المتكافئة للتعبير عن الرأى وضمان فعاليته.

والإسلام يقرر حرية الرأى ويحث عليها ويضمن أداءها، يقول عليه السلام أن **أعظم الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر**([٨١]). والأحزاب السياسية هى الوسيلة التى يمكن بها حمل الرأى الى السلطة فترشدها اذا كانت عاقلة وتقومها اذا كانت منحرفة فيزيد الأمان ويعم الإستقرار.

٢- **الإسلام دين عالمى يرعى المسلمين وغير المسلمين**، فإذا كانت أحكامه موجهة أصلاً لتنظيم المسلمين أولاً الا أنه لم يترك غير المسلمين دون حماية أو رعاية، بل هناك مبدأ هام يقضى بحسن معاملة الأقليات الدينية والسياسية، داخل الدولة الإسلامية، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من ظلم معاهداً أو كلفه فوق طاقته، أو إنتقص أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفسه فأنا حجيجه يوم القيامة) وبمقتضى هذا المبدأ يمنح أصحاب هذه الأقليات حق التعبير عن آرائهم وممارسة نشاطاتهم الفكرية والسياسية من خلال تنظيمات سياسية شعبية اذا طلبوا ذلك ملتزمين فى أهدافهم ووسائل عملهم **النظام العام بمفهومه الإسلامى**.

٣- **الأحزاب السياسية تقوم بوظائف كثيرة** أهمها عملية الترشيح لمختلف المناصب السياسية والإدارية بل والقضائية فى بعض الدول. وهذا لا يخالف بل ويتناسب مع عدم تزكية النفس قال الله تعالى فى سورة النجم الآية ٣٢(**فلا تزكوا أنفسكم**) ويقول عليه السلام (**أنا والله لا نولى هذا العمل أحداً سأله أو حرص عليه**)([٨٢]) فاذا كانت مشروعية الحاكم تستمد أساساً من بيعة المسلمين له أو ما يسمى بلغة العصر الإنتخاب، فإنه يصعب أيضاً تمام هذه البيعة اذا لم ترشحه الأحزاب وتعرف به لعامة المسلمين، بعد موافقة أهل الحل والعقد، والتأكد

من سلامة وتوافر الشروط المطلوبة سواء كان مرشحاً للرئاسة أو لغيرهـا مـن المناصب الإدارية أو القضائية.

٤- **الإختلاف فى الرأى من سنن البشر،** يقول الله تعالى فى سورة هود الآية ١١٨ (ولـو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين) ويقول عليه الصلاة والسلام (افـترقت اليهود على احدى وسبعين فرقة وافترقت النصارة على إثنين وسبعين فرقة، **وستفترق أمتـى على ثلاث وسبعين فرقة**)[٨٣] ولما كان الأمر كذلك كان الأجدر بالأمة الإسلامية أن تقوم هـذا الخلاف وتنظمه للإستفادة منه فى صلاح المسلمين، **فلا شك أن الجهد الجماعى يعطـى أكـثر من الجهد الفردى،** وبالتالى اذا كان الصالح العام فى ظل الشـريعة الإسـلامية هـو هـدف الجماعات والأحزاب لكانت النتيجة أكثر إيجابية وأنفع فائدة.

وليس صحيحاً أن يقال **بأن كل خلاف يؤدى الى إفساد المودة وإثارة البغضاء، ممـا** يؤدى الى تمزق وفوضى بدلاً من الوحدة والإستقرار. فكم كانت الخلافات أسباباً فى الوصـول الى الحقيقة وكشف الأخطاء وعاملاً من عوامل البناء، وليس معولاً من معاول الهدم والفنـاء يقول الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه فى الشافعى: ما صليت صلاة منذ أربعين سـنة، الا وأنا أدعو للشافعى رحمه الله تعالى. وكان الشافعى رضى الله عنه يقول فى الإمام مـالك: اذا ذكر العلماء، فمالك النجم الثاقب وما أحد آمن علي من مالك[٨٤]

الفرع الثانى
الفكر المعارض للأحزاب

يذهب أنصار هذا الرأى الى أن فكرة التعدد الحزبى لا تتمشـى مـع روح الإسـلام وأصوله ومبادئه الدستورية، ويستندون الى المبادئ التالية:

١- **إبداء الرأى يجب أن يتم بصورة فردية. وهذا أبو الأعلـى المـودودى يقـول عـن الأحزاب (هذه هى نتائج خطئكم فى إعتباركم مجرد قوم ونسيانكم أنكم حزب عالمى ليس لـه هدف أو مصلحة سوى أن تجعل مبادئه تسود العالم كله وتحكمه، فإن أى طريق تسلكونه فـى أى أمر فى حياتكم لن يكون طريقاً صحيحاً مستقيماً[٨٥]).**

وهذا القول يجعل أبا الأعلى المودودى من الداعين الى الحزبية فى نطاق النظام السياسى الإسلامى اذ أنه لم يستعمل لفظ حزب للدلالة على ما هو دارج بالمعنى السياسى فى الوقت الحالى وإنما كان قصده الأمة الإسلامية التى تمثل حزب الله فى مواجهة النظريات العربية والشرقية التى تمثل حزب الشيطان. ومما يؤكد هذا أن أبو الأعلى المودودى يقول (وفى مجلس الشورى الإسلامى لا يمكن أن ينقسم أعضاؤه جماعات وأحزاباً، بل يبدى كل واحد منهم رأيه بالحق بصفته الفردية، فإن الإسلام يأبى أن يتحزب أهل الشورى، ويكونوا مع أحزابهم سواء كانت على حق أم على باطل)[٨٦]

٢- الآيات القرآنية الكريمة فى مجملها تدعو الى وحدة الجماعة وعدم الفرقة والتحزب لما فى ذلك من تنازع وإنقسام. قال الله تعالى فى سورة الأنعام الآية ١٥٩ (إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم فى شئ) وقال فى سورة الأنفال الآية ٤٦ (ولا تنازعوا فتفشلوا فتذهب ريحكم) وقال فى سورة آل عمران الآية ١٠٣ (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا) وقال فى سورة الروم الآيات ٣١و ٣٢(ولا تكونوا من المشركين من الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً كل حزب بما لديهم فرحون) صدق الله العظيم.

والخلاصة أن الإسلام جاء بمبادئ وأصول عامة تضمن للفرد جميع حقوقه وتحقق للسلطة كامل استقرارها مما يؤدى الى إقامة التوازن المستمر بين السلطة والحرية وأن الخلاف حول شرعية الأحزاب السياسية فى ظل نظام إسلامى هو خلاف حول جزئية صغيرة فى جانب واحد من جوانب الفكر السياسى الإسلامى ككل وبالتالى فإن كل رأى يقال فى هذا المجال يبدو ناقصاً اذا لم يكن متفاعلاً مع الجوانب المتعددة للنظام الإسلامى والمبادئ الأصولية التى تقوم عليها شريعتنا الغراء.

وإذا كان النظام الإسلامى فى صدر الإسلام لم يعرف ولم يستسغ الأحزاب سواء تعددت أولم تتعدد، فإن ذلك يبرره عدم وجود أى خلاف فى فلسفة الحكم. أما وقد إنتهت هذه الفترة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم الا وقد نشأ الخلاف وثار الجدل وتعددت الآراء، مما ساعد على حرية الفكر ومران الناس على تقبل الأفكار المعارضة بصدر رحب، مما كان له بالغ الأثر فى مد الفكر السياسى الإسلامى بنظريات سياسية كانت مثار إعجاب الفكر السياسى الحديث وتقدير الكتاب المعاصرين الذين تبنوا الديمقراطية الحديثة[٨٧]. والحقيقة أن النظام الحزبى فى العصر الحديث ليس غاية وانما هو وسيلة لتحقيق أفضل وسيلة للحكم

عن طريق تمكين الشعب من المشاركة فى السلطة لمنع الحاكم من الإستبداد فى الحكم وحمل السلطة على تقبل توجيهات مثل هذه الغايات والأهداف، فلسنا بحاجة الى مثل ذلك من الوسائل، اذا طبقت هذه المبادئ تطبيقاً تاماً وسليماً، أما إذا حل زمن وابتعد نظام الحكم عن هذه المبادئ والأصول فلا مانع من الأخذ بنظام الأحزاب، وذلك لمنع الحرج وتحقيق المصلحة العامة للمسلمين، ونرى أن مستقبل الحركات الدينية المعاصرة فى بلاد المسلمين يبشر بالأمل لامكانية العودة لمبادئ ديننا الإسلامى الحنيف وذلك عن طريق قدرة هذه الحركات والتجمعات الإسلامية من إستمالة الرأى العام فى مختلف الدول الإسلامية ، الأمر الذى قد يؤدى الى وحدة إسلامية بأسرع وأكثر الطرق الشرعية، مما لا يعطى الحاكم فرصة التصدى لها والقضاء عليها[٨٨]. وما نراه فى جواز قيام الأحزاب فى الإسلام ليس أساسه تمثيل الطبقات أو الفئات، وإنما يجب أن تقوم على أساس المناهج والبرامج التى تهدف فى ظل المبادئ الإسلامية الى مستقبل أحسن وحياة أفضل للمجتمع الإسلامى الواحد.

فإذا كان للأفراد حق إبداء المعارضة من خلال تنظيمات سياسية يضمنها لهم حق التعبير وحرية الرأى، فإن ذلك مقيد بالنظام العام الذى أرسى قواعده كل من كتاب الله والسنة النبوية الشريفة[٨٩].

مصادر وهوامش الدراسة

[1] – راجع إبن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد، لسان العرب، المجلد الأول، بيروت،ص٣٠٨

[2] – راجع العلامة اللغوية الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد الثانى، بيروت، سنة ١٩٥٨، ص٧٦ ولمزيد من التفصيل راجع الفيروزبادى، قاموس المحيط، الجزء الأول، ص٥٦.

[3] – موقعة الأحزاب "الخندق" موصوفة فى سورة الأحزاب، وهى مدنية نزلت فى المنافقين وإيذائهم للرسول صلى الله عليه وسلم، وهى ثلاث وسبعون آيه، والأحزاب هم أولئك الذين تجمعوا فى السنة الخامسة للهجرة حول المدينة لمحاربة المسلمين وهم قريش وبنو قريظه وبنو النضير وبعص القبائل العربية، راجع تفسير القرطبى، الجزء ١٤،ص١١٣، وكذلك راجع أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى، تاريخ الأمم والملوك، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، ص٤٤.

[4] – راجع ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس ص١٠٦– وأحمد عطيه، القاموس السياسى، سنة ١٩٨٠، والدكتور محمد طه بدوى، أصول علم السياسة، سنة ١٩٦٥، ص٤٦.

[5] – لمزيد من التفصيل حول موضوع الأحزاب السياسية راجع رسالتنا للدكتوراه " ضمانات نفاذ القواعد الدستورية ، مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٨٢م ، ص٣٢٨–٣٥٥ ، كذلك الدكتور بطرس غالى، الإشتراكية الديمقراطية، مؤسسة الأهرام سنة ١٩٨٠، ص١٥.

Key (V.O.): Politics, Parties and pressures groups, Thomas Crowell Co. New York1953, p. 222. – [6]

– [7]Hauriou {A}, Gicguel {J} et Gelanrd {P}: Droit constitutionnel et Institutions politiques. edition Montchrestien, Paris. 1980.p. 276 ete.

[8] – راجع الدكتور سليمان الطماوى، السلطات الثلاث فى الدساتير العربية وفى الفكر السياسى الإسلامى، طبعة سنة ١٩٧٩، ص٥٦٩.

[9] – للمزيد من التفصيل حول موضوع تعريف الحزب السياسى راجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الإشارة ص٣٢٩.

[10] – إنظر الدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، الدار المصرية اللبنانية للنشر، سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ص١١٧، وص١٢٨ وما بعدها.

[11] – يذهب بعض الفقهاء الى أن حرب المرتدين لم تكن حرب دينية بقدر ما كانت سياسية، ويبدو أن هذا الرأى يقصد بقوله هذا الى أن الشيعة كانت لهم جذور أعمق مما ينسب اليهم. راجع فى ذلك الدكتور على عبد الرازق، الإسلام وأصول الحكم، دار مكتبة الحياة، بيروت سنة ١٩٦٦ص١٩٦.

[12] – لمزيد من التفصيل راجع الدكتور عبد الحليم عويس، إبن حزم وجهوده فى البحث التاريخى والحضارى، بدون تاريخ،ص٢٧٠، والدكتور مصطفى الشكعة، اسلام بلا مذاهب، مكتبة الحلبى سنة ١٩٧٧م، ص١٤٥ والدكتور ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، ص٤٧ والدكتور محمد الطيب النجار، الدولة الأموية فى الشرق بين عوامل البناء وعوامل الفناء، دار الإعتصام سنة ١٩٧٧ص٧٥ وكذلك الكتاب

الذى ترجمه عن الألمانية الدكتور عبد الرحمن بدوى، للأستاذ يوليوس فلهاوزن وأصدرته دار النهضة المصرية سنة ١٩٦٨ بعنوان احزاب المعارضة السياسية الدينية فى صدر الإسلام.

[١٣] – كلمة الشيعة كما أطلقت على أنصار على فقد أطلقت أيضا على أنصار معاوية، فكان يقال شيعة على وشيعة معاوية ولكن ما إن تولى معاوية الملك ولم يعد مجرد رئيس حزب حتى أصبح إستعمال كلمة شيعة مقصوراً على أتباع علي بن أبي طالب وأبنائه وأحفاده من بعده. راجع في ذلك الدكتور مصطفى الشكعة ، إسلام بلا مذاهب ، ص١٤٩ ، ويوليوس فلهاوزن، أحزاب المعارضة السياسية الدينية فى صدر الإسلام- الخوارج والشيعة – ترجمه عن الألمانية عبد الرحمن بدوي ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٦٨م، ص١٤٦.

[١٤] – راجع الإمام محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، ج١ص٣٢ والدكتور ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، المصدر السابق، ص٥٨، و٦٠و٦٥ والدكتور محمد الطيب النجار، الدولة الأموية فى الشرق، المصدر السابق ص٥٥.

[١٥] – راجع الدكتور ابراهيم درويش، الإدارة العامة، الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٩م، ص٢٠٧.

[١٦] – لمزيد من التفصيل راجع الدكتور عبد الشافى عبد القادر، قضايا إسلامية معاصرة، ص٤٦ وما بعدها والإمام محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، ج١ص٣٣ وما بعدها والدكتور مصطفى الشكعة، المصدر السابق ص١١٧.

[١٧] – انظر الأستاذ محمد عبد الله عنان، تاريخ الجمعيات السرية، إدارة الهلال فى مصر، سنة ١٩٢٦، ص١٣ وما بعدها.

[١٨] – انظر الشيخ محمد الخضرى بك، تاريخ التشريع الإسلامى، دار القلم بيروت، ١٩٨٣، ص٧٦ ومابعدها.

[١٩] – انظر الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، الجزء الثالث، ص٢٠٨ والإمام محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، الجزء الأول ص٣٥، والدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٤٩-١٥٢.

[٢٠] – انظر المسعودى، مروج الذهب، الجزء الثانى ص٣١٧ وكذلك الأستاذ عبد الكريم الخطيب، الخلافة والإمامة ديانة وسياسة، دراسة مقارنة للحكم والحكومة فى الإسلام، الناشر دار المعرفة، بيروت سنة ١٩٧٥ص٤٠٧ وما بعدها والأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام ص٢٠٩ الجزء الثالث.

[٢١] – انظر الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ج٣ص٢٠٨ والأستاذ أحمد الشايب، تاريخ الشعر السياسى فى الإسلام، سنة ١٩٦٢، ص١٨٤ وما بعدها، والدكتور النعمان القاضى، الفرق الإسلامية، مكتبة الدراسات الأدبية، دار المعارف بمصر، سنة ١٩٧٠، ص٩١-١٦٠.

[٢٢] – راجع الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ج٣، ص٢٠٨ ما بعدها.

[٢٣] – إنظر إبن خلدون، المقدمة ص١٩٦، وكذلك الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ج٣، ص٢٢٦ والإمام محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، ج١، ص٣٥.

[٢٤] – أنظر بحث بعنوان، جولة فى الفكر الإسلامى، بحث بدن تاريخ، ص١٧.

[٢٥] – راجع فى شرح تعاليم الشيعة الإستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ج٣، ص٢٢٦، وما بعدها والشيخ محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الاسلامية، المصدر السابق، ص٤٠، ويذكر الإمام أبو زهرة أن الأستاذ

دوزى يذهب الى أن الشيعة فرقة فارسية فى حقيقتها وجوهرها، فالفارسى لم يكن يستطيع أن يتصور وجود خليفة بالإنتخاب، فهذه الفكرة غير موجودة له وإنما المبدأ الوحيد الذى يمكن أن يفهمه هومبدأ الوراثة. راجع الدكتور ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، المرجع السابق، ص٦٠.

[٢٦] – انظر الإمام أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٤٠ والدكتور محمد فتحى عثمان، أصول الفكر السياسى الإسلامى، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م ص٣٦٦.

[٢٧] – راجع أبو الفتح الشهرستانى، الملل والنحل، ج١ص١٤٧ وما بعدها، المصدر السابق ص٣٦٦-٣٧١، والدكتور مصطفى الشكعة، المصدر السابق، ص١٥٣ وما بعدها.

[٢٨] – يقول عبدالله بن سبأ "اليهودي" واليه تنسب السبائية عجبت لمن يقول برجعة المسيح ولا يقول برجعة محمد أنظر فى ذلك الشيخ محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٤٢ والدكتور عبد الحميد العبادى والدكتور محمد زياده والدكتور ابراهيم العدوى، الدولة الإسلامية، بدون تاريخ، ص٦٣.

[٢٩] – راجع الإمام محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، المرجع السابق، ص٤٣.

[٣٠]– راجع إبن خلدون المقدمة، ص١٩٨ والشهرستانى، الملل والنحل، ص١٤٧.

[٣١] – راجع الإمام أبو زهره ، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٤٥٤، وبحث بعنوان جولة فى الفكر الشيعى، بدون تاريخ، ص٢٠، ٢١.

[٣٢] – راجع الإستاذ أحمد أمين ضحى الإسلام، ج٣، ص٢٠٩، وص٢١٢.

[٣٣] – راجع الشهرستانى، الملل والنحل، المصدر السابق، ص١٤٦، والشيخ محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٥٤، والدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٩٥، والأستاذ أحمد أمين، للمصدر السابق، ص٢١٢.

[٣٤] – أنظر جولة فى الفكر الشيعى، المصدر السابق، ص١٥، ١٦، والدكتور مصطفى الشكعة،ص١٧٢.

[٣٥] – راجع مقدمة إبن خلدون، ص١٩٩، والأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، الجزء الثالث، ص٢٢٠، والإمام محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٥٤، والدكتور عبد الحميد متولى، مبادئ نظام الحكم فى الإسلام، المرجع السابق ص١٤٤.

[٣٦] – راجع جولة فى الفكر الشيعى، المصدر السابق، ص١٧.

[٣٧] – راجع الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ج٣، ص٢٢١.

[٣٨] – للمزيد من التفصيل راجع الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ج٣، ص٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥.

[٣٩] – انظر ابن خلدون المقدمة، ص١٩٩، والشيخ أبو زهره، المرجع السابق، ص٦٠.

[٤٠] – انظر إبن خلدون، المقدمة، ص٢٠١، والشهرستانى، الملل والنحل، ص١٩١، وأبو زهرة ، تاريخ المذاهب الاسلامية ص٦١. والدكتور محمد فتحى عثمان، أصول الفكر السياسى الاسلامى، ص٤٦٧، والدكتور مصطفى الشكعة، المصدر السابق، ص١٩٥ وما بعدها.

[41] – راجع الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ج٣، ص٢٧١، وابن خلدون المقدمة، ص١٩٨، والشهرستانى، الملل والنحل ص١٤٥، وأبو زهره تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٤٩، والدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص٢١٣.

[42] – انظر الأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام ج٣، ص٢٧١و٢٨١و٢٨٢، والماوردى، الأحكام السلطانية ص٥، والدكتور صبحى الصالح، النظم الإسلامية، ص١١٦، والدكتور محمد فتحى عثمان، من أصول الفكر السياسى الطبعة الثانية، سنة١٩٨٤ ص٣٦٧، والدكتور مصطفى الشكعة، اسلام بلا مذاهب ص١٤٩وما بعدها

[43] – راجع الدكتور النعمان القاضى، الفرق الإسلامية، مكتبة الدراسات الأدبية، دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٠ص١٦٠–٢٢٣ والدكتور مصطفى الشكعة، اسلام بلا مذاهب، المصدر السابق، ص١١٩–١٤٧.

[44] – راجع الدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١١٩ وما بعدها.

[45] – راجع فى كل ذلك الأستاذ محمد عبد الله عنان، تاريخ الجمعيات السرية والحركات الهدامة، إدارة الهلال بمصر، سنة ١٩٢٦، ص١٥وما بعدها. وكذلك راجع أخبار الخوارج، الكامل للمبرد، الجزء الثالث، ص١٢٠وما بعدها، وتاريخ الطبرى وإبن الأثير، وشرح نهج البلاغة لإبن أبى الحديد، والإستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ص٣٣٠ وما بعدها، والشيخ محمد أبو زهره، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٦٥، والدكتور ضياء الدين الريس النظريات السياسية الإسلامية ص٤٩.

[46] – راجع الأستاذ عمر فروخ، تاريخ الفكر العربى الى أيام إبن خلدون، بيروت سنة ١٩٧٢، ص١٩٤وص٢٠٩ والهامش ١و٢و٣، والدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٢٠.

[47] – راجع الأستاذ أحمد الشايب، تاريخ الشعر السياسى، المصدر السابق ص١٦٥، والدكتور محمد ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، ص٦٦، والدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١١٩.

[48] – هذا ليس معناه نفى الإتجاه العقائدى عندهم، بل لهم آراء فى ذلك كثيرة أهمها أن العمل بأوامر الدين جزء من الإيمان، ولكن من آمن بالله ورسوله وإرتكب الكبيرة فهو كافر، راجع الدكتور الشكعة إسلام بلا مذاهب، ص١٣٢ وكذلك يوليوس فلهاوزن، أحزاب المعارضة الدينية السياسية فى صدر الإسلام، المرجع السابق، ص٧٧.

[49] – راجع الإمام أبو زهرة تاريخ المذاهب الإسلامية، المصدر السابق، ص٧١، والدكتور محمد فتحى عثمان، أصول الفكر السياسى، ص٣٧٠.

[50] – انظر الشهرستانى، الملل والنحل، ص١٥٧، والأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، ص٣٣٢.

[51] – انظر الدكتور عبد الحميد العبادى وآخرون، الدولة الإسلامية، المرجع السابق، ص٦٤.

[52] – انظر الشيخ أبوزهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٧١، والدكتور ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، ص٥٦ والأستاذ أحمد أمين، ضحى الإسلام، الجزء الثالث ص٣٣٢.

[53] – راجع الأستاذ أحمد أمين ضحى الإسلام، ص٣٣٢، الشيخ أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٧١.

[٥٤] – راجع الدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٢٨، وفى علاقة الدولة العربية بالإسلام، راجع الدكتور سليمان الطماوى، المصدر السابق، ص٢٩، والدكتور ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، ص٥٦.

[٥٥] – انظر الكامل للمبرد، الجزء الثانى، ص١٢٠، ١٢٨، ١٤٢، والأستاذ أحمد أمين، فجر الإسلام، ص٢٠٩، ضحى الإسلام، ص٣٣١، والأستاذ أحمد الشايب، تاريخ الشعر السياسى، ص١٦٦.

[٥٦] – هناك فرق أخرى لم تصل بأهميتها الى ما وصلت اليه هذه الفرق الرئيسية ولنذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: الثعالبة، الميمونية، اليزيدية، الر شيدية، الأخنسية، الشيبانية، المكرمية، البدعية، الحارثية، للمزيد من التفصيل إنظر الأستاذ أحمد أمين، فجر الإسلام، ص٣٠٥، والشهرستانى، الملل والنحل، ص١١٤، وما بعدها، والدكتور ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، ص٦٨، والدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٣١.

[٥٧] – انظر الشهرستانى، الملل والنحل، ص١١٨.

[٥٨] – راجع الشيخ أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٨١، والدكتور عبد الحليم عويس، إبن حزم ص٢٧١، والأساتذة محمود النووى، ومحمد خفاجى، ومحمود فرج، فى ظلال الإسلام، ١٩٥٧م، ص١٩٦.

[٥٩] – راجع الشيخ محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٨٢، والكامل للمبرد، الجزء الثانى، ص١٢٠، ١٨٠، والشهرستانى، الملل والنحل، ص١٦٥.

[٦٠] – راجع الدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٣٢، والشيخ محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٨٤.

[٦١] – راجع الشهرستانى، الملل والنحل، ص١٢٨.

[٦٢] – راجع الشيخ محمد أبو زهرة تاريخ المذاهب الإسلامية، ص٨٤،٨٥، والأستاذ أحمد أمين ضحى الإسلام، الجزء الثالث، ص٣٣٦.

[٦٣] – انظر الدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٣٢، والشهرستانى، الملل والنحل ص١٣٤.

[٦٤] – راجع أبو زهرة، المرجع السابق، ص٨٦، والدكتور الشكعة، المرجع السابق، ص١٤٦.

[٦٥] – راجع أحمد الشايب، تاريخ الشعر السياسى، ص١٨٣، والدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص١٢٨.

[٦٦] – راجع فى ذلك، تاريخ الجمعيات السرية للأستاذ محمد عنان، إدارة الهلال بمصر سنة ١٩٢٦م.

[٦٧] – من هؤلاء أبو سعيد الخدرى، مسلمة بن خلد، سعد بن أبى وقاص، عبد الله بن عمر، وكعب إبن مالك وقدامة بن مظعون، ومحمد بن مسلمة، أسامة بن زيد، حسان بن ثابت، والنعمان بن بشير، للمزيد من التفصيل راجع ابن خلدون، المقدمة ص٢١٤، والدكتور ضياء الدين الزيس، النظريات السياسية الإسلامية، ص٥٩، والأستاذ عمر فروخ، تاريخ الفكر العربى، الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢م، ص٢٠٧.

[٦٨] – راجع الدكتور مصطفى الشكعة، إسلام بلا مذاهب، ص٣٧٩.

[٦٩] – راجع الماوردى، الاحكام السلطانية، ص٥، وما بعدها.

[70] – انظر صحيح البخارى، الجزء السادس، ص٨، وصحيح مسلم، كتاب الإمارة ، باب ٣٢و٣٣.

[71] – راجع الماوردى، الأحكام السلطانية، ص٥ وما بعدها.

[72] – راجع الإستاذ عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية، ص٥٧.

[73] – من هذا الرأى الغزالى، وإبن تيميه، انظر ابن تيميه منهاج السنة النبويـة، فـى نقـض كـلام الشـيعة والقدرية، المجلد الأول، ص١٤١، والدكتور ماجد راغب الحلو، الإستفتاء الشعبى والشريعة الإسـلامية، دار المطبوعات، الإسكندرية، سنة ١٩٨٣، ص١٤٣، والدكتور محمد عبد القادر أبو فارس النظام السياسـى فـى الإسلام، طبعة ١٩٨٠، ص٢٩٧وما بعدها.

[74] – انظر الإمام أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية ص٩٣، والدكتور مصطفى الشكعة، اسلام بلا مذاهب، المصدر السابق، ص٤٣٩، وما بعدها.

[75] – راجع الدكتور احمد شلبى، أسس المعارضة فى الإسلام، مقال منشور بجريدة الأهرام، العـدد ٣٤٧٠٣ لسنة ١٩٨١م.

[76] – انظر الترمذى، الجزء الرابع، ص٣٦٤، رقم٢٠٠٧.

[77] – انظر الدكتور محمد البهى، الفكر الإسلامى المعاصر، سنة ١٩٦٥، ٢٨٥والشيخ أبـو زهـرة المرجـع السابق، ص١٠٣ وما بعدها.

[78] – انظر صحيح مسلم، كتاب الإيمان، الجزء الأول، ص٦٩.

[79] – انظر الدكتور أحمد شلبى، أسس المعارضة فى الإسلام، المقال السابق بجريدة الأهرام سنة ١٩٨١.

[80] – انظر الدكتور فاروق عبد السلام، الإسلام والأحزاب السياسية، مكتبة افلييو للنشر تسـنة ١٩٧٨، ص٤٤ الذى يشير الى عبد الرحمن الكواكبى، رفاعة الطهطاوى، ومحمد عبد، وضياء الريس وانظر كذلك الدكتـور القطب طبليه، الإسلام وحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، الطبعة الاولـى، دار الفكـر العربـى سـنة ١٩٧٦، ص٢٤٧.

[81] – انظر سنن أبى داود، الجزء الرابع ، ص٥١٤، والترمذى، حديث رقم٢١٧٥.

[82] – انظر صحيح البخارى، الجزء الثامن، ص١٠٧، وصحيح مسلم، الجزء الثالث، ص١٤٥٦.

[83] – انظر الترمذى، باب إفتراق الأمة، حديث رقم ٢٧٧٨، وأبو داود، الجزء الخامس، ص٤.

[84] – راجع الدكتور مصطفى الشكعة، اسلام بلا مذاهب، ص٣٨١ ومابعدها، والدكتور فاروق عبد السـلام، الإسلام والأحزاب السياسية، المصدر السابق، ص٥٢.

[85] – انظر أبو الأعلى المودوى، الحكومة الإسلامية، دار المختار الإسلامى، سنة ١٩٨٠،ص٢٥٠.

[86] – انظر ابو الأعلى المودودى، الحكومة الإسلامية، المرجع السابق، ص٢٥٠،وكذلك الدكتور فاروق عبـد السلام، الإسلام والأحزاب السياسية ، المرجع السابق، ص٢٩.

[87] – انظر الدكتور عبد الحميد متولى ، الغزو الفكرى والتيارات المعادية للإسلام، المرجع السـابق، ص٢٤، والإستاذ محمد علويه باشا، الإسلام والديمقراطية، المرجع السابق، ص٤٢، والدكتور أدمون رباط حول احكام

الشريعة الإسلامية ، مقال بمجلة القضاء والتشريع، العدد١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٧، ص١٢، والدكتور مصطفى الشكعة، اسلام بلا مذاهب، ص١٤٥.

[٨٨] – انظر الدكتور فاروق عبد السلام الأحزاب السياسية، والفصل بين الدين والسياسة، القاهرة ١٩١٧٨، ص١٣٥، والأستاذ تالدكتور القطب محمد طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان، ص٣٥٢.

[٨٩] – انظر الدكتور ضياء الدين الريس، النظريات السياسية الإسلامية، ص٣٨٣ وما بعدها، والدكتور ماجد راغب الحلو، الإستفتاء الشعبى والشريعة الإسلامية ص١٥٠، وما بعدها.

دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة " BOT "

دكتور
أحمد بن حسن بن أحمد الحسني
الأستاذ المشارك بقسم الاقتصاد الإسلامي
كلية الشريعة - جامعة أم القرى

ملخص بحث

دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة " BOT "

د/ أحمد بن حسن بن أحمد الحسني

الأستاذ المشارك بقسم الاقتصاد الإسلامي

كلية الشريعة - جامعة أم القرى

يهدف هذا البحث إلى دراسة تمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة "Build - Operate - Transfer" المسمّى " BOT " دراسة شرعية اقتصادية . ولتحقيق هذا الهدف تم التعرض لأهمية مشاريع البنية التحتية وبيان خصائصها ، ثم التعريف بأسلوب " BOT " وبيان خصائصه والتي من أهمها هو أنّ التمويل بهذا الأسلوب لمشاريع البنية التحتية يترتب عليه انتقال تحمل أعباء التمويل لإقامة وبناء هذه المشاريع من القطاع العام إلى القطاع الخاص ، وكذلك عملية إدارتها وتشغيلها وتحصيل إيراداتها ، إلى أن يتم تغطية تكاليفها وتحقيق عائد مناسب للقطاع الخاص خلال فترة الامتياز الممنوحة له ، ثم تعود ملكية هذه المشاريع وإدارتها وتشغيلها إلى الحكومة بعد انتهاء هذه الفترة . كما تعرضت الدراسة لآلية العمل بأسلوب " BOT " وبيان أهم نماذج عقوده وهي : عقد البناء والتشغيل ثم التحويل BOT وعقد البناء والتملك والتشغيل ثم الإعادة BOOT وعقد البناء والتملك والتشغيل BOO وعقد البناء والتأجير ثم التحويل BLT . ثم بيان التكييف الفقهي لهذا الأسلوب ، والذي أظهر مشروعية مشاركة القطاع الخاص في إقامة وبناء مشاريع البنية التحتية ، وأنه يحق للحكومة أن تمنح هذه الفرصة للشركة صاحبة العطاء الأفضل . إلاّ أن شركات القطاع الخاص التي تساهم في إقامة وبناء هذه المشاريع جرت العادة على حصولها على تغطية التمويل اللازم لهذه المشاريع عن طريق الاقتراض من المؤسسات المالية والمصارف التقليدية بفوائد ربوية وهو من قبيل ربا النسيئة المحرم . ولذلك تقترح الدراسة على شركات القطاع الخاص المحلية والدولية المنفذة لمشاريع البنية التحتية في الدول الإسلامية تجنب الحصول على هذه القروض الربوية ، واستخدام الصيغ الإسلامية البديلة كالحصول على التمويل بالمشاركة مع المصارف الإسلامية أو عن طريق تأسيس شركة مساهمة للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام للجمهور أو التمويل عن طريق إصدار وبيع سندات الخدمات .

Financing Infrastructure Projects Through " BOT " :

A Study From the Islamic and Economic Point of View

Dr. Ahmed Bin Hassan AL-Hassany

Associate professor – Islamic Econ. Dept.,

Faculty of Sharria Umm AL-Qura University

The main object of the study is to analyse financing the infrastructure projects (INFP) through Build – operate – transfer technique, which is known as BOT. The study is an Islamic economic study The importance of INFP and their characteristics are explained. The Study provides the definition of BOT technique and clarifies its main properties. The most important property is that the burden of financing INFP is transferred from the public sector into the private sector. Also, the management of INFP, their operation, and collecting their revenues are done by the private sector until the full coverage of the full cost of finance besides a reasonable rate of return. After that, the ownership of INFP is transferred to the government. The study explained how BOT works. Also, the main forms of BOT contracts which are: BOT, BOOT, BOO and BLT are evaluated. Although the study shows that it is legal from the islamic point of view to enable the private sector to share in financing and constructing INFP, it suggests that the private sector should not get the required finance through illusory loans. The private sector can get the required finance by sharing from the Islamic banks or through issuing shares or service bonds to be sold to the public.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ، وبعد :

فإن تمويل مشاريع بناء وتشييد البنية التحتية كمشاريع المرافق العامة التي تتضمن إقامة محطات توليد القوى الكهربائية ، والاتصالات السلكية واللاسلكية ، والبريد ، ومحطات معالجة المياه وتوصيلها عبر الأنابيب ، والصرف الصحي والغاز وتوصيلاته ، ومشاريع الأشغال العامّة التي تتضمن تشييد وبناء الطرق والجسور والكباري والسدود والقنوات ومشاريع النقل العام التي تتضمن تشييد وبناء المطارات والموانئ والسكك الحديدية ونحوها . إضافة إلى مشاريع خدمات التعليم والصحة والأمن والدفاع . كل هذه المشاريع يمثل تمويلها عبئاً مالياً على نفقات جميع الدول وخاصة الدول النامية . واعتادت الحكومة أو القطاع العام في الماضي على إقامة وبناء وتشغيل هذه المشاريع وتمويلها من خزينتها على قدر استطاعتها ، أو تمويلها عن طريق الاقتراض الداخلي باللجوء إلى إصدار السندات ، أو الاقتراض الخارجي من المؤسسات العالمية كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير ومؤسسة التنمية الدولية ، وأخيراً قد تلجأ الحكومة إلى زيادة نسبة الضرائب والرسوم المفروضة على المواطنين أو قد تفرض عليهم ضرائب جديدة لتوفير التمويل اللازم لإقامة مثل هذه المشاريع . ومع بداية الثمانينات الميلادية تنبهت الكثير من الدول وخاصة الدول النامية إلى صعوبة الاعتماد على الوسائل السابقة في تمويل مشاريع البنية التحتية ، وبالتالي تنفيذ خططها التنموية . فخزينتها لا تتوفر فيها الأموال اللازمة لتمويل جميع هذه المشاريع لقلة مواردها المالية من ناحية ، ولأن الاقتراض الداخلي باللجوء

إلى طرح السندات الحكومية لا يجد الطلب الكافي من المواطنين لشراء هذه السندات نظراً لارتفاع نسبة التضخم الذي يتصف به اقتصاد الدول النامية ، وانخفاض دخول النسبة الغالبة من المواطنين في هذه الدول ، إلى جانب انخفاض الوعي المالي والمصرفي لدى قطاع كبير منهم . وأمّا الاقتراض الخارجي من المؤسسات العالمية فهو أكثر صعوبة لأن هذه المؤسسات لا تمنح الدول الراغبة في الحصول على تمويل لمشاريعها إلاّ نسبة ضئيلة من القروض المطلوبة لتمويل هذه المشاريع ، إضافة إلى أن هذه القروض محكومة بشروط واعتبارات من المؤسسات العالمية تؤدي إلى صعوبة حصول الدول النامية على هذه القروض . وأمّا لو لجأت هذه الدول إلى الزيادة في نسب الضرائب والرسوم أو فرض ضرائب جديدة على المواطنين فسيواجه ذلك غالباً بمقاومتهم وحدوث بعض الاضطرابات السياسية في الداخل . كل هذه الأمور دفعت الدول إلى التفكير في إيجاد وسائل بديلة توفر لها التمويل اللازم لإنجاز هذه المشاريع الهامّة التي تقدم خدمات أساسية وضرورية للمواطنين ، وبالتالي تمثل أدواراً كبيرة لا يمكن الاستغناء عنها أو عن بعضها ، بل ولا يمكن لأي نهضة اقتصادية أو اجتماعية في أي دولة أن تقوم بدونها . ومن هنا سعت دول العالم سواء المتقدمة منها أو النامية منذ ذلك التاريخ إلى التخصيص **Privatization** ويقصد به مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشاريع وإدارتها وتشغيلها وتنازل الحكومة عن دورها التقليدي في احتكار إقامة مشاريع البنية التحتية . ومن ثمّ التخفيف من أعبائها المالية والإدارية ، وتفرغها للأعباء الرئيسة والهامّة كالأمن والدفاع ونحوها .

ومن الأساليب الجديدة لمظاهر التخصيص ومنح القطاع الخاص امتيازات Concessions لتنفيذ مشاريع البنية التحتية أسلوب " البناء والتشغيل ثم الإعادة Build - Operate - Transfer " المسمّى " BOT " . ومن هنا خصص هذا البحث لدراسة هذا الأسلوب دراسة شرعية اقتصادية وسوف أذكره بمشيئة الله تعالى بتسميته الإنجليزية المختصرة " BOT " خلال تناوله في ثنايا البحث .

هدف البحث :

يهدف البحث إلى دراسة أسلوب " BOT " والتعرف على صيغ عقوده وتكييفها الفقهي ، وبيان حكم التعامل بها ، وذكر الصيغ الإسلامية البديلة لتمويل وإقامة مشاريع البنية التحتية .

خطة البحث :

ولتحقيق هذا الهدف قسم البحث إلى ما يلي :

أولاً : أهمية مشاريع البنية التحتية في الاقتصاد الإسلامي والوضعي وبيان أهم خصائصها .

ثانياً : التعريف بأسلوب " BOT " وبيان أهم خصائصه .

ثالثاً : آليّة العمل بأسلوب " BOT " وبيان لأهم نماذج عقوده ، وتكييفه الفقهي .

رابعاً : الصيغ الإسلامية المقترحة لتمويل وإقامة مشاريع البنية التحتية .

خامساً : الخاتمة والتوصيات .

والله أسأل العون والتوفيق والسداد ، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، وما توفيقي إلاّ بالله عليه توكلت وإليه أنيب ، وهو حسبي ونعم الوكيل ، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

أولاً : أهمية مشاريع البنية التحتية في الاقتصاد الإسلامي والوضعي وبيان أهم خصائصها :

اهتم الإسلام بمشاريع البنية التحتية وأمر بإعدادها وتكوينها ، ويمكن الاستدلال على ذلك بقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَءَاخَرِينَ مِن دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ ٱللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَىْءٍ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لَا تُظْلَمُونَ ﴾ [الأنفال : ٦٠] حيث يدل المعنى الإجمالي لهذه الآية الكريمة على أنه يجب على المسلمين أن يعدّوا العدّة من السلاح والعتاد والعدد ونحو ذلك لمواجهة أعداء الله من الكفرة والملحدين لتكون كلمة الله سبحانه وتعالى هي العُليا ، وكلمة الذين كفروا السُفلى . فالمراد بالقوة في الآية لا يقتصر على الناحية العسكرية فقط ، وإنما يمتد ليشمل القوة الاقتصادية أيضاً والمتمثلة في إعداد وبناء البنية التحتية كبناء وتشييد الطرق والجسور والسدود وتسهيلات الرّي ونحو ذلك من الخدمات التي تؤمن الاقتصاديات الخارجية لمختلف قطاعات الاقتصاد القومي[1]، وذلك لأن توفر قاعدة عريضة ومتينة من البنية التحتية والمرافق الأساسية يعتبر من الدعامات الاقتصادية التي يمكن أن يستند عليها في زمن الحرب والسلم . كما أن الإنفاق على الناحية العسكرية لا يقتصر على شراء الأسلحة والعتاد والعدد ، وإنما له جوانب أخرى مثل الإنفاق على مشاريع البنية التحتية – كما تقدم – لأنها مرتبطة بالناحية العسكرية مثل بناء وتشييد

الطرق والجسور والمطارات والموانئ ونحوها[٢] . فكل ما يتقوّى به الإسلام يدخل في نطاق هذه الآية من تعليم وتدريب وصناعة وتشييد للمرافق العامّة ونحو ذلك[٣] . يقول الرسول ﷺ : « سبعٌ يجري للعبد أجرهن وهو في قبره بعد موته مَنْ علّمَ علماً أو أجرى نهراً أو حفر بئراً أو غرس نخلاً أو بنى مسجداً أو ورّث مصحفاً أو ترك ولداً يستغفر له بعد موته »[٤] . وقال ﷺ : « لا يغرس المسلم غرساً ، ولا يزرع زرعاً ، فيأكل منه إنسان ولا دابّة ولا شيء إلاّ كانت له صدقة »[٥] . ويستفاد من الحديثين أن الإسلام يدعو إلى طلب العلم ونشره ، ويقتضي ذلك إقامة وبناء منشآته ومستلزماته المتنوعة والتي تختلف باختلاف الزمان والمكان إذ يتطلب ذلك في عصرنا الحاضر إقامة وبناء المدارس والمعاهد والجامعات ودور العلم المختلفة وجميعها من منشآت وبناء البنية التحتية ، لأنه من غير المعقول قيام التعليم وانتشاره دون أن تشيّد مؤسساته ، وذلك استناداً إلى القاعدة الأصولية القائلة : « إن ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب »[٦] . وكذلك يستفاد من الحديثين أن عمل مشاريع البنية التحتية يترتب عليه الأجر والمثوبة لمن قام به في الدنيا والآخرة مثل كرى الأنهار وحفرها وإصلاحها وصيانتها ، وحفر الآبار وما يماثلها في عصرنا الحاضر كإقامة السدود وخزانات المياه ومحطات معالجتها وتحليتها لأنها من الوسائل التي تؤدي إلى زيادة الإنتاج الزراعي الذي ورد في الحديثين كغرس النخل والأشجار والزروع والثمار بأنواعها المختلفة . وكذلك الأمر بالنسبة لبناء وتشييد المساجد لما لها من أهمية في حياة المسلمين حيث تُؤدَّى فيها الصلوات التي هي الركن الثاني من أركان الإسلام وهي الصلة بين العبد وربه ، وفيها منابر العلم التي ينتشر منها الوعي والتثقيف وتبصير المسلمين بما فيه صلاح دينهم ودنياهم ومعيشتهم[٧] ،

فالمساجد لا يقتصر دورها على أنها مكان للعبادة فقط ، وإنما هي قلب المجتمع المسلم النابض بالخير والفلاح والمرشد إلى البر والتقوى ، وهي كذلك مدرسة ومنار ساطع لتربية وتهذيب سلوك المسلم وتنشئته التنشئة الصالحة ليكون عضواً نافعاً في مجتمعه يصل خيره لوالديه حتى بعد موتهما باستغفاره لهما . وتجدر الإشارة إلى أن بناء وتشييد مشاريع البنية التحتية في الإسلام تتوقف أولوياتها على ما فيه تحقيق مصالح المواطنين الضرورية ثم الحاجيّة ثم التحسينيّة وبالتالي فإن أهمية تنفيذها ينبغي أن تكونه مرتبة في ضوء تحقيق هذه المصالح[٨] .

وأمّا الاقتصاد الوضعي فإنه يرى كذلك أن الاهتمام ببناء وتشييد مشاريع البنية التحتية أمر ضروري لمصلحة الاقتصاد القومي جميعه . لأن قيام مشاريع التنمية الاقتصادية والاجتماعية الأخرى في أي دولة يعتمد على مدى توفر البنية التحتية الملائمة لتستفيد من خدماتها المتعددة وبالتالي تزداد إمكانية نجاح هذه المشاريع وتستمر في نشاطها الاقتصادي . فالمشاريع التنموية الصناعية لو توفرت لها الطرق والجسور والموانئ ، ووسائل النقل والمواصلات ومحطات الوقود والغاز والكهرباء فإن هذه الوفرة ستساهم في التوطن الصناعي ، وفي إحداث المدن والمراكز الصناعية . كما تساهم وفرة وسائط النقل والمواصلات الحديثة البريّة والبحريّة والجويّة في تسهيل تبادل السلع وانتقالها من مدينة إلى أخرى ومن دولة إلى أخرى فتتسع الأسواق المحلية والدولية وتنشأ المراكز التجارية المختلفة . وكذلك الأمر فإن وفرة شبكات الري والصرف ومحطات معالجة المياه وتحليتها تساهم في قيام المشاريع الزراعية وتحسين الإنتاج الزراعي[٩] . وبعد هذا العرض عن أهمية مشاريع البنية التحتية يمكن بيان أهم

خصائص هذه المشاريع فيما يلي :

أ - إن هذه المشاريع ذات أهمية اجتماعية وسياسية كبيرة ، حيث إنها تقدم للجمهور خدمات أساسية وضرورية ، مثل خدمات المياه والكهرباء والغاز والاتصالات والطرق والمطارات والموانئ والسكك الحديدية وغيرها[١٠] .

ب - إنّ منافع وخدمات هذه المشاريع لا تعود على فرد أو مجموعة من الأفراد أو جهات معينة ، وإنما تعود إلى كافة أفراد المجتمع سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، كما أنها لا تعود على قطاع اقتصادي دون غيره وإنما تشمل الكثير من قطاعات الاقتصاد . ومن حق أي فرد أو جهة في المجتمع أن ينتفع بها بغض النظر عن مدى مساهمته في إنشائها أو تكلفتها أو تشغيلها وصيانتها[١١] .

جـ- إنها ذات أهمية كبيرة للتنمية الاقتصادية في المجتمعات المختلفة ، فلا يمكن أن يتصوّر حدوث تنمية اقتصادية واجتماعية في أي مجتمع دون وجود بنية تحتية متقدمة فيه . وقد أثبتت بعض الدراسات التطبيقية أن كل زيادة في رصيد الدولة من البنية التحتية بنسبة ١٪ يصاحبها زيادة في الناتج المحلي الإجمالي بنفس النسبة تقريباً[١٢] .

د - إن هذه المشاريع يمكن أن يدر بعضها دخلاً مالياً للدولة ، ولكن بعضها الآخر قد يفقد هذه الخاصيّة . كما أن بعض هذه المشاريع تحرص الدولة على الاحتفاظ بملكيتها لاعتبارات سياسية واجتماعية[١٣] .

هـ - ينبغي على الدولة أن تنشئ هذه المشاريع ، وتوفر خدماتها بنوعية جيدة وبتكلفة منخفضة ، وذلك لأنه قد يترتب على تقديم هذه الخدمات

للجمهور بصورة غير مرضية حدوث بعض الاضطرابات وعدم الاستقرار السياسي[١٤] .

و – كبر حجم إستثمارات هذه المشاريع وبالتالي كبر حجم التمويل المطلوب لها ، وكذلك كبر حجم مستهلكي خدمات هذه المشاريع وتنوع مستويات دخولهم[١٥] .

ثانياً : التعريف بأسلوب " BOT " وبيان أهم خصائصه :

يقصد بأسلوب البناء –التشغيل– الإعادة " BOT ": الاستثمار الذي يتولى فيه القطاع الخاص بناء Build، وتشغل Operate أحد مشاريع البنية التحتية ، على أن يتم تحويله Transfer مرّة أخرى للحكومة ، بعد فترة زمنية كافية يتم فيها استرداد رأس المال المستثمر وتحقيق معدّل عائد مناسب للمستثمر[١٦] .

وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي : « الانسترال » عقود الـBOT بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة زمنية محددة أحد الاتحادات المالية الخالصة « تسمى بشركة المشروع » امتيازاً لتنفيذ مشروع معين على أن تقوم الشركة المذكورة بالبناء والتشغيل والإدارة لعدد من السنوات ، وتسترد تكاليف البناء ، وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً على أن تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد نهاية مدة الامتياز[١٧] .

وينشيء عادة المستثمرون والمقاولون الذين منحوا الامتياز من الحكومة لتنفيذ المشروع شركة لتحقيق هذا الغرض وتنتهي بانتهاء فترة امتيازه[١٨] .

ويمكن ذكر أهم خصائص أسلوب الـ".BOT " فيما يلي :

أ – أنها شركة قطاع خاص تمنحها الحكومة امتيازاً لتتولى بموجبه إقامة أحد مشاريع البنية التحتية بجميع مراحله من تصميم وتمويل وإنشاء وتشغيل خلال فترة زمنية معينة هي مدة الامتياز ، وتتقاضى من الجمهور رسوماً عند استفادتهم من خدمة المشروع خلال هذه المدة .

ب – بعد انتهاء فترة الامتياز تقوم هذه الشركة المستثمرة بنقل ملكية المشروع للحكومة ، ويتعين أن تكون فترة الامتياز طويلة – نسبياً – بقدر يكفي لتغطية رأس المال المستثمر في المشروع ، ويحقق معدل ربح أو عائد مناسب للشركة .

جـ – إن الاستثمار بهذا الأسلوب في مشاريع البنية التحتية يقلل من العبء الملقى على عاتق الحكومات وخاصة في البلدان النامية التي تواجه زيادة مضطردة في الإنفاق الحكومي[19] .

د – إن الاستثمار بهذا الأسلوب يؤدي إلى الزيادة في كفاءة استخدام موارد المجتمع نظراً لما هو معروف من أن القطاع الخاص أكثر كفاءة في الإنتاج والتسويق من القطاع العام أو الحكومي[20] .

هـ – يحقق الاستثمار بهذا الأسلوب أرباحاً مرتفعة للقطاع الخاص ، فقد أوضحت عدّة دراسات تطبيقية أن الاستثمار في مشاريع البنية التحتية يحقق عوائد مرتفعة قد تصل في بعض الحالات إلى ٩٦ ٪ .

ويعرض الجدول (١) نتائج بعض الدراسات التي تمت في هذا المجال .

جدول (١)

معدّل العائد الضمني للاستثمار في مشاريع البنية التحتية وفقاً لعدد من الدراسات

عينة الدراسة	معدل العائد الضمني ٪	سنة الدراسة	مؤلف الدراسة
الولايات المتحدة الأمريكية	٦٠ ٪	١٩٩٠	مونيل
مناطق اليابان	٩٦ ٪	١٩٩٣	ميرا
مناطق فرنسا	١٢ ٪	١٩٩٣	برودوم
تايوان ، الصين	٧٧ ٪	١٩٩٣	أوشيمورو ، وغالو
كوريا	٥١ ٪	١٩٩٣	أوشيمورو ، وغالو
بلدان متعددة ، نامية	٩٥ ٪	١٩٩٣	كاننغ ، وفاي

المصدر : البنك الدولي ، تقرير عن التنمية في العالم ١٩٩٤ م ، البنية الأساسية من أجل التنمية ، ص ٢٦ .

ويلاحظ أن العديد من الحكومات أخذت في تخصيص مشاريع البنية التحتية من خلال استخدام أسلوب BOT نظراً للضغط الاقتصادي الذي تعرضت له في الآونة الأخيرة ، وتسبب في تناقص استثماراتها في مشاريع البنية التحتية . فعلى سبيل المثال أخذ الإنفاق الحكومي في المملكة العربية السعودية على مشاريع البنية التحتية يتناقص خلال الفترة ١٩٨٩ م - ١٩٩٧ م نتيجة للضغط الاقتصادي المتزايد على ميزانيتها والذي أتى من انخفاض أسعار البترول[٢١] .

ويوضح الجدول (٢) هذه الحقيقة بالنسبة للمملكة العربية السعودية

جدول (٢)

الإنفاق الحكومي على مشاريع البنية التحتية في المملكة العربية السعودية (بمليار الريالات)

السنة الميلادية	الإنفاق على البنية التحتية	الإنفاق الكلي للحكومة	النسبة المئوية ٪
١٩٨٩	٢,٨	١٤٠,٥	٢,٠
١٩٩٠	٢,٥	١٧٩,٨	١,٤
١٩٩١	٢,٥	١٧٩,٨	١,٤
١٩٩٢	٢,١	١٨١,٠	١,٢
١٩٩٣	٢,١	١٩٧,٠	١,١
١٩٩٤	١,٦	١٦٠,٠	١,٠
١٩٩٥	١,٤	١٥٠,٠	٠,٩٣
١٩٩٦	١,٤	١٥٠,٠	٠,٩٣
١٩٩٧	١,٦	١٨١،٠	٠,٨٨

المصدر : سعيد بن سعد مرطان ، مرجع سابق ، ص ٥ .

ومن هنا بدأت حكومة المملكة العربية السعودية في تخصيص بعض مشاريع البنية التحتية من خلال استخدام أسلوب BOT ، متمثلة في تجربة وزارة المعارف من أجل تمكين القطاع الخاص من إنشاء بعض المدارس ، وسداد تكاليف الإنشاء من خلال عقود طويلة الأجل ، وكذلك أخذت توجه بعض مؤسساتها العامّة نحو الخصخصة كقطاع الاتصالات من برق وبريد وهاتف الذي أصبح شركة مساهمة تعرف بشركة الاتصالات السعودية ، كما أن مؤسسة الخطوط الجوية العربية السعودية ، وبعض الشركات الصناعية أعلنت فعلاً عن البدء في برنامج الخصخصة والتحول إلى شركات مساهمة[٢٢] .

وتشير الإحصاءات إلى أن الدول النامية بوجه عام تنفق ما يقرب من ٢٠٠ مليار دولار سنوياً على البنية التحتية ، وتعتبر الحكومات في هذه الدول مسؤولة عن توفير ما لا يقل عن ٩٠ ٪ من هذا المبلغ . وتعتمد على التمويل الخارجي في توفير ١٢ ٪ تقريباً من تكاليف البنية التحتية . ومن المعلوم أن مشاريع البنية التحتية تتصف في الغالب بكونها مستهلكة للعملات الأجنبية وبكونها غير منتجة لها بصورة مباشرة نظراً لصعوبة تصدير منتجاتها[٢٣] . ومن ثم فإن تمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب BOT قد يقلل من الاقتراض الحكومي ويساعد على التخفيف من الدين العام ، وبالتالي يقلّل من معدّلات التضخم والبطالة ، خاصة إذا تم تشغيل عمالة محلية في هذه المشاريع[٢٤] . إلاّ أنه ينبغي التنبيه على أن الحكومات إذا ما أرادت تمويل مشاريع البنية التحتية لديها بأسلوب BOT عليها أن تختار عند إجراءات التعاقد مع الشركة التي ستمنحها الامتياز ممثلين لها على درجة عالية من المهارة والمعرفة والقدرة على الدراسة والتحليل والمقارنة واستيعاب التفاصيل المالية والقانونية والدراية بخفايا

هذا الأسلوب لأنه من المحتمل أن ينطوي على بعض المخـاطر والمعوقـات[٢٥] .
فعلى سبيل المثال قد تبـالغ الشـركة صاحبـة الامتيـاز في زيـادة تكـاليف الخدمـة المنتجة ، أو في تكاليف التمويل عما هو متاح في الحالات العادية فينعكس ذلـك على أسعار الخدمة مّما يمثل عبئاً إضافياً على المستهلكين[٢٦] . ولذلك يـرى أحـد الباحثين في هذا الأسلوب أنه حينما يكون الجمهور هو المشتري النهائي لخدمات المشروع الممول والمنفذ بأسـلوب BOT يجب علـى الحكومـة أن تتـأكد مـن أن الرسوم المفروضة على الخدمـات عادلـة وملائمـة ، كمـا يجـب عليـها أن تكـون مستعدة للتدخـل في إدارة المشـروع في حالـة إخـلال الشـركة المنفـذة بـأي مـن التزاماتها لتضمن عدم انقطاع الخدمة عن الجمهور[٢٧] . كمـا يـرى البعـض أن مشاريع البنية التحتية الاستراتيجية ينبغي على الحكومة عـدم السـماح بتملكـها لشركات أجنبية لفترة طويلة نسبيّاً وفقـاً لنظـام أسـلوب BOT لأن ذلـك يفتـح الباب أمام سيطرة رأس المال الأجنبي على الاقتصادات النامية من جديد ، ومـن ثم يؤثر في سياساتها الداخلية والخارجية[٢٨] . وأخيراً يمكن القـول بـأن أسـلوب BOT يمكن الاستفادة منه في الـدول المتقدمـة والناميـة علـى السـواء ، فـالدول المتقدمة وإن كانت مشاريع البنية التحتية لديـها مكتملـة إلاّ أنـها قـد تحتـاج إلى تحديث وتطوير[٢٩] ، ولذلك فإنها قد تسند هذه المهمة إلى القطاع الخاص لتلقي عن عاتقها الكثير من الأعمال والأعبـاء الإداريـة والبيروقراطيـة ، وتحصـل علـى خدمات عامّة أفضل . والدول النامية تسعى جاهدة إلى إنجـاز وإكمـال مشـاريع البنيـة التحتيـة لديـها وتنفيـذ خططـها التنمويـة وبرامـج إصلاحاتـها الاقتصاديـة ولذلك وجدت هذه الدول في أسلوب BOT مصدراً لتمويل هذه المشاريع التي كانت تواجه الكثير من المصاعب في تمويلها[٣٠] .

ثالثاً : آلية العمل بأسلوب BOT ، وبيان أهم نماذج عقوده ، وتكييفه الفقهي :

إذا أرادت الحكومة إنشاء مشروع من مشاريع البنية التحتية ، وترغب في تنفيذه بأسلوب BOT ، تعلن في البداية عن مناقصة تحتوي على الإطار التشريعي والنظامي الذي سيعمل المشروع في نطاقه[٣١] ، وعلى المعايير التي ترغب في تحقيقها ، والمتعلقة عادة بالوقت اللازم لتنفيذ المشروع ، وفترة الامتياز التي ستمنحها للشركة التي ستتعهد بتنفيذه ، وتكلفة الخدمة للجمهور[٣٢] .
وبناء على الإعلان عن هذه المناقصة يجتمع غالباً عدد من المستثمرين والقانونيين والمهندسين وأصحاب المقاولات العالمية والمحليّة[٣٣] ليكوّنوا اتحاداً مالياً Conosortium يتفقون فيه على نسبة كل منهم في رأس المال « حقوق الملكية أو أسهم المشروع » والتي تشكل عادة من ١٥ ٪ إلى ٣٠ ٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع ، ويحددون المصادر الخارجية « البنوك ومؤسسات التمويل » التي سيحصلون منها على القروض التي تغطي بقية التمويل والتي تتراوح نسبتها بين ٧٠ ٪ إلى ٨٥ ٪ من إجمالي التمويل . ثم يقومون بإعداد دراسة جدوى للتأكد من أن تدفقات إيراداته خلال فترة الامتياز كافية لتغطية تكاليفه ، وتحقيق أرباح مجزية لهم[٣٤] . فإذا اتفقوا على تبني المشروع Sponsors ، يتقدمون بعرضهم وعطائهم للحكومة . فإذا كان هو العرض والعطاء الأفضل ، ووقع عليه اختيار الحكومة ، ووافقت على إرسائه عليهم ، يقوم الاتحاد المالي لهذه المجموعة بتأسيس شركة خاصة للمشروع تنتهي بانتهاء فترة امتيازه . وتتولى هذه الشركة تجميع مساهمات الأعضاء ، وطلب القروض اللازمة لتغطية إجمالي

تمويل المشـروع . وتصبح هذه الشركة هي المسؤول عن سداد القروض وفوائدها للجهات المقرضة ، دون التعرض إلى الأصـول المالية الخاصة بأعضاء الاتحاد المالي وبقية المساهمين[٣٥] . كما تتولى هذه الشركة إجراءات التعاقد مع الحكومة لتنفيذ المشروع والتوقيع على الاتفاقات اللازمة التي توضح الحقوق والالتزامات لكل منهما . وتقوم الشركة أيضاً بإجراء كل التعـاقدات الخارجية الأخرى اللازمة لتنفيذ المشـروع كالتعاقد مع شركات المقاولات ، وموردي الآلات والأجهزة والمواد الأولية وغيرهم . وبعد إقامة المشـروع تتولى الشـركة عملية التشغيل بنفسها أو قد تتعاقد مع شركة مشغّلة Operator لتتـولى عملية التشغيل والصيانة ، وتستخدم الإيرادات المتحصلة خلال فترة التشغيل لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ودفع التزامات التمويل . والإيراد المتبقـي بعد ذلك هو الإيراد الصافي أو الربح المتحقق للشركة[٣٦] . ومن حق الحكومة وكذلك الدائنين التأكد من أن عملية التشغيل والصيانة تتم وفقاً للمعايير المتفق عليها سلفاً . وبعد أن تنتهي فترة الامتياز الممنوحة للمشروع يتم تحويل ملكيته للحكومة . وقد ترى الحكومة أن من المناسب تجديد التعاقد مع الشـركة نفسها لتستمر في التشغيل ، أو قد تعهد بالتشغيل لطرف آخر من القطاع الخـاص ، أو قد تتولى التشغيل بنفسها[٣٧] .

وبعد هذا العرض المختصر عن آلية العمل بأسلوب الـBOT ، أذكـر فيما يلي نماذجاً لأهم عقود هذا الأسلوب :

١ – عقد البناء والتشغيل ثـم التحويـل (Build - Operate - (BOT Transfer ويعدّ من أشهر هذه النماذج وبه سمّي أسلوب الـ BOT ، ويشتمل

هذا العقد على الطرفين المتعاقدين . الطرف الأول : الحكومة أو ممثلوها المختارين لإجراء التعاقد . الطرف الثاني : شركة المشروع . وبموجب هذا العقد يمنح الطرف الأول (الحكومة) امتيازاً للطرف الثاني (شركة المشروع) لفترة زمنية محدّدة[٣٨] لتمويل وبناء واستثمار مشروع من مشاريع البنية التحتيّة (طريق أو جسر ، أو محطة توليد كهرباء أو تنقية مياه وغير ذلك) . وبعد الانتهاء من إقامة وبناء المشروع تتولى الشركة إدارته واستثماره وتشغيله وصيانته ، وتتقاضى الرسوم المفروضة على الجمهور المستفيدين من خدمات هذا المشروع والتي تم الاتفاق عليها سلفاً مع الحكومة كما تتولى تجميع الإيرادات المتحصلة خلال فترة الامتياز لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ، ودفع التزامات التمويل وسداد القروض وفوائدها ، والإيراد المتبقي بعد ذلك هو ما يكون الربح المناسب للشركة . وبعد انتهاء فترة الامتياز يتم تحويل إدارة واستثمار وتشغيل المشروع للطرف الأول (الحكومة) بدون مقابل[٣٩] .

٢ – عقد البناء والتملك والتشغيل ثم الإعادة (BOOT) - Build Own - Operate - Transfer ويشتمل هذا العقد أيضاً كسابقه على الطرفين المتعاقدين . الطرف الأول : الحكومة أو ممثلوها . الطرف الثاني : شركة المشروع . وبموجب هذا العقد يمنح الطرف الأول (الحكومة) حق التملك خلال فترة الامتياز للطرف الثاني وهي الشركة التي ستقوم بتمويل وبناء المشروع واستثماره وتشغيله وصيانته ، وتقاضي الرسوم المفروضة على الجمهور المستفيدين من خدمات هذا المشروع ، والتي تم الاتفاق عليها سلفاً مع الحكومة . كما تتولى تجميع الإيرادات المتحصلة خلال فترة الامتياز لتغطية

تكاليف التشغيل والصيانة ، ودفع التزامات التمويل وسداد القروض وفوائدها والإيراد المتبقي بعد ذلك هو ما يكون الربح المناسب للشركة . وبعد انتهاء فترة الامتياز تتنازل الشركة عن ملكية المشروع للطرف الأول (الحكومة) بدون مقابل[٤٠] .

٣ – عقد البناء والتملك والتشغيل (Build - Own - Operate (BOO

وهو كالعقدين السابقين إلاّ أنه يختلف عنهما ، بأن الطرف الثاني في هذا العقد (شركة المشروع) لا تلتزم بعد انتهاء فترة الامتياز بتحويل أو إعادة إدارة أو ملكية المشروع للحكومة ، وإنما يقوم أعضاء الاتحاد المالي والمساهمون في ملكية المشروع (مؤسسو الشركة) ببيعه . لذلك لا ترحب الحكومات بنموذج هذا العقد إلاّ في بعض الحالات النادرة كأن تنتهي حاجة الحكومة من الاستفادة من المشروع بعد انتهاء فترة الامتياز ، أو يكون المشروع قريباً من نهاية عمره الافتراضي[٤١] .

٤ – عقد البناء والتأجير ثم التحويل (Build - Lease - (BLT Transfer

وبموجب هذا العقد يمنح الطرف الأول : (الحكومة) امتيازاً للطرف الثاني : (شركة المشروع) لإقامة وبناء مشروع من مشاريع البنية التحتية ، ويكون في الغالب مبنى حكومي كبناء مدرسة حكومية أو أي بناء خاص بإحدى القطاعات الحكومية . وبعد الانتهاء من إقامته وبناءه يقوم الطرف الأول : (الحكومة) باستئجاره من الطرف الثاني طول فترة الامتياز . ومن الطبيعي أن يغطي مجموع قيمة الإيجار طول فترة الامتياز تكلفة إقامة وبناء المشروع ، إضافة إلى مقدار من الربح المناسب للشركة . وبعد انتهاء فترة الامتياز يتم تحويل المشروع للطرف الأول (الحكومة) بدون مقابل .

التكييف الفقهي :

بعد التعرف على أهم نماذج عقود الـBOT أذكر التكييف الفقهي لهذا الأسلوب وذلك على النحو التالي :

أ – مشروعية مشاركة القطاع الخاص للدولة في إقامة وتمويل مشاريع البنية التحتية :

تقع مسئولية إقامة وتمويل مشاريع البنية التحتية – كما هو معلوم – على عاتق الدولة الإسلامية ، وخاصة إذا كانت هذه المشاريع لسد الثغور وذات نفع عام ، ولذلك يتم تمويلها من بيت مال المسلمين . وإذا لم تكف موارد بيت المال ، أو كانت هذه المشاريع ذات نفع خاص لمجموعة دون أخرى ، فإن القطاع الخاص يشارك الدولة في هذه المسئولية . وتتضح هذه الصورة في ما ذكره القاضي أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج الذي أوصى فيه الخليفة العبّاسي هارون الرشيد باتباع بعض النصائح التي قدمها له ، والتي منها ما يتعلّق بالنفقات العامّة على مشاريع البنية التحتية التي يعم نفعها عامّة المسلمين ، والمشاريع التي يخص نفعها طائفة معينة منهم . وأنه ينبغي على هذه الطائفة مشاركة الدولة في تمويلها أو القيام بها بمفردها . قال أبو يوسف : « وإذا احتاج أهل السواد إلى كرى أنهارهم العظام التي تأخذ من دجلة والفرات كريت لهم وكانت النفقة من بيت المال ومن أهل الخراج ولا يحمل ذلك كله على أهل الخراج . وأمّا الأنهار التي يجرونها إلى أرضهم ومزارعهم وكرومهم ورطابهم وبساتينهم ومباقلهم وما أشبه ذلك فكريها عليهم خاصة ليس على بيت المال من ذلك شيء ، فأمّا البثوق والمسنيات والبريدات[٤٢] التي تكون في دجلة

والفرات وغيرهما من الأنهار العظام فإن النفقة على هذا كله من بيت المال لا يحمل على أهل الخراج من ذلك شيء لأن مصلحة هذا على الإمام خاصة لأنه أمر عام لجميع المسلمين .. »[٤٣] .

ونستفيد من هذه الوصية تبيين أبو يوسف لمسئولية الدولة في إقامة وتمويل بعض مشاريع البنية التحتية بمفردها ، وكذلك مسئولية القطاع الخاص في إقامة وتمويل بعض هذه المشاريع بمفرده ، أو مشاركة القطاعين في إقامة وتمويل بعض هذه المشاريع وقيامهما معاً بهذه المسئولية . فإذا كان هناك بعض الأنهار التي تجري في أراضي بعض المزارعين ولكن دعت الحاجة إلى إصلاحها كانخفاض المياه مثلاً ولا يستطيع القطاع الخاص المستفيد منها تحمل تكلفة الإصلاح بمفرده نظراً لضخامة وكثرة تكاليفه فإنه يقع على الدولة تحمل جزء من تكلفة هذا المشروع ، ويتحمل القطاع الخاص المستفيد من المشروع الجزء المتبقي . وأمّا إذا كان النفع يعود لجميع المسلمين لا لطائفة معينة منهم ، وتوجد موارد مالية لدى الدولة لتحمل نفقات إقامة وتمويل مثل هذه المشاريع فهي التي تتولى هذه المسئولية بمفردها[٤٤] يقول أبو يوسف : « .. فأمّا البثوق والمسنيات والبريدات ... فإن النفقة في هذا كله على بيت المال لا يحمل على أهل الخراج من ذلك شيء لأن مصلحة هذا على الإمام خاصة لأنه أمر عام لجميع المسلمين .. » ، وأمّا ما يقوم به بعض أصحاب المزارع من إجراء بعض الأنهار والجداول الصغيرة إلى أرضهم ومزارعهم مما يكون فائدته عائدة عليهم ولا تتعداهم إلى غيرهم فإن تمويل مثل هذه المشاريع يكون على المستفيدين منه . يقول أبو يوسف : « .. وأمّا الأنهار التي يجرونها إلى أرضهم ومزارعهم وكرومهم

ورطابهم وبساتينهم ومباقلهم وما أشبه ذلك فكريها عليهم خاصة ليس على بيت المال من ذلك شيء .. "[٤٥] .

ب - الحكم الشرعي على الصيغ التعاقدية لأسلوب الـBOT :

بالتأمل في أهم نماذج عقود أسلوب الـBOT ، عقد البناء والتشغيل ثم التحويل ، أو عقد البناء والتملك والتشغيل ثم الإعادة ، أو عقد البناء والتملك والتشغيل ثم البيع ، أو عقد البناء والتأجير ثم التحويل نجد أن هذه العقود تشتمل صيغتها التعاقدية على طرفين رئيسيين . الطرف الأول هو الحكومة صاحبة الطبيعة أو الأرض التي سيقام عليها مشروع من مشاريع البنية التحتية ، وهي صاحبة الحق في الامتياز الذي ستمنحه لمن سيقوم بتنفيذ المشروع . والطرف الثاني هو شركة المشروع المنفذة له والتي أنشئت من أجله ، وحصلت على حق الامتياز بسببه . فالتعاقد القائم بين الحكومة من جهة والشركة المنفذة للمشروع من جهة أخرى ، وبأي صورة من صور نماذج العقود المتقدمة لا بأس به . فللحكومة أن تمنح هذه الفرصة للشركة صاحبة العطاء الأفضل لإقامة مشروع من مشاريع البنية التحتية يتحقق منه نفع عام ومباح للجمهور ، ونفع خاص لمن يقوم بتنفيذه لفترة زمنية معيّنة ومحددة وهي فترة الامتياز ، ثم تعود ملكية المشروع بعد انتهائها للدولة . وللدولة أيضاً الحق في أن تشتري أو تستأجر منفعة المشروع من الشركة خلال فترة الامتياز ، أو أن تتنازل عن المشروع في بعض الحالات لمن قام بتنفيذه وكل ذلك مرتبط بتحقق المصلحة والنفع العام المباح للجمهور . ولكن بالنظر في كيفية تأسيس شركة المشروع ومصادر تكوين رأس مالها ، والتمويل التي ستحصل عليه لتغطية عملية التنفيذ

نجد – كما سبق – أن مؤسسي مثل هذه الشركات من المستثمرين والقانونيين والمهندسين وأصحاب المقاولات العالمية والمحلية يكوّنون اتحاداً ماليّاً Constium يتفقون فيه على نسبة مساهمة كل منهم في رأس المال " حقوق الملكية أو أسهم المشروع " وهي تشكل عادة من ١٥ ٪ إلى ٣٠ ٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع . ويحصلون على بقية إجمالي التمويل التي تتراوح نسبته من ٧٠ ٪ إلى ٨٥ ٪ عن طريق الاقتراض من البنوك ومؤسسات التمويل . ولاشك أن هذه المبالغ المقترضة تفرض عليها جهات التمويل المقرضة فوائد ربوية ، ومعلوم بأنّها من قبيل ربا النسيئة الذي نزل القرآن الكريم بتحريمه فقال تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝٢٧٨ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] . وتوجد هناك بعض الصيغ الإسلامية المقترحة والتي يمكن بواسطتها حصول شركات مشاريع البنية التحتية على التمويل بدون اللجوء إلى الاقتراض بفوائد ربوية محرّمة وهو ما سيذكره الباحث في المبحث الذي يلي هذا الجزء من الدراسة .

رابعاً : الصيغ الإسلامية المقترحة لتمويل وإقامة مشاريع البنية التحتية :

١ - التمويل من المصارف الإسلامية بطريق المشاركة :

يمكن لشركة المشروع الحصول على الجزء المتبقي لتغطية إجمالي التكاليف اللازمة لنفقات المشروع من المصارف الإسلامية . وتعتبر هذه المصارف مساهمة في رأس مال شركة المشروع بقدر نسبة مساهمتها في التمويل . وتقدر نسبة ربح المصارف الإسلامية على حسب الاتفاق المبرم بينها وبين شركة المشروع ، وفي حالة حدوث خسارة فإنها توزع على حسب نسبة رأس المال . ومما يشجع المصارف الإسلامية على المساهمة في مشاريع البنية التحتية أنها مشاريع قائمة على دراسات جدوى دقيقة ويتوقع أن تكون تدفقات الإيرادات منها خلال فترة الامتياز كافية لتغطية تكاليفها ، مع تحقيق أرباح مجزية خاصة إذا تعاقدت الحكومة مع شركة المشروع على شراء منتجاته خلال فترة الامتياز بأسعار محددة[٤٦] .

ومن هنا فإن العقد الذي تستطيع بواسطته شركة المشروع الحصول على ما تحتاجه من التمويل اللازم من المصارف الإسلامية ينطوي على مساهمتها بجزء من رأس المال . وقيامها بأعمال الإدارة ، ومساهمة المصارف الإسلامية بالجزء المتبقي من إجمالي رأس المال . وبناء على ما تقدم فإنه يمكن تكييف هذا العقد على أنه يشتمل على شركة ومضاربة وهو عقد جائز . جاء في المغني : « أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن

صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ... »[٤٧] .

فههنا تمويل من المصارف الإسلامية ، وعمل من شركة المشروع متمثل في عنصر الإدارة . وتمويل وهو نسبة حقوق الملكية أو أسهم المشروع لمتبنّي المشروع والذي يشكل عادة من ١٥ ٪ إلى ٣٠ ٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع ، وهذا جائز كما تقدم ، ولكن ينبغي أن يجعل لشركة المشروع زيادة في نسبة الربح نظير قيامها بأعمال الإدارة .

٢ – تأسيس شركة مساهمة للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام :

يمكن لمتبنّي المشروع وأعضاء الاتحاد المالي الحصول على ترخيص من الحكومة لتأسيس شركة مساهمة يكون الغرض من إنشائها تنفيذ المشروع المطلوب القيام به ، وتكون مدّة الشركة هي نفس فترة الامتياز الممنوحة من الحكومة . ثم يقوم المؤسسون بطرح أسهم الشركة للاكتتاب العام للجمهور . وينبغي أن يكون الاكتتاب بكامل القيمة الاسمية للأسهم حتى تضمن الشركة الحصول على التمويل اللازم لتنفيذ المشروع[٤٨] . كما ينبغي أن يشترط في عقد الشركة الابتدائي ونظامها الأساسي على المؤسسين والمساهمين قبول التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد انتهاء مدّة الشركة وفترة امتيازها ولا بأس في ذلك ما دام أن فترة الامتياز الممنوحة للشركة كافية لتغطية واسترداد رأس مال المؤسسين والمساهمين مع تحقيق أرباح مجزية لهم .

٣ - التمويل عن طريق إصدار وبيع سندات الخدمات :

تستطيع شركة المشروع الحصول على تغطية الجزء المتبقي من إجمالي التمويل اللازم للمشروع عن طريق إصدار وبيع سندات للجمهور يمثل كل سند منها كمية معروفة وموصوفة ومحددة تحديداً دقيقاً من الخدمة التي ستنتجها فلو كانت الشركة على سبيل المثال ستنتج خدمات الهاتف الجوال أو المحمول ، تصدر سندات يحتوي كل منها على مائة وحدة من خدماته ، ويمكن أن تعرف وحدة خدمة هاتف الجوال التي ستنتجها بأنها عبارة عن عشرة مكالمات محليّة لمدّة معينة أو ما يكافئها من المكالمات الدولية ، والسند قد يصدر في عام ٢٠٠٢ م ولكنّه يبدأ استخدامه والانتفاع به في عام ٢٠٠٤ م على أن يكون ثمن الخدمة التي يحتويها السند أقل من ثمنها الذي تباع به في الوقت الحاضر بمقدار يشجع الجمهور على شرائه . وبذلك تحصل شركة المشروع على التمويل من تسويق هذه السندات وتستخدمه في إنشاء المشروع أو قد تستخدمه لأغراض في الأجل القصير مثل تمويل رأس المال العامل(٤٩) . ويرى د. منذر قحف صاحب هذا المقترح أن الأسس الشرعية لسندات الخدمات تستند على مبدأين شرعيين :

أ - مبدأ تدوين أو توثيق الديون الذي ورد في قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ ... ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

ب - عقد الإجارة في الفقه الإسلامي ، والذي يمكن بمقتضاه تأجير أو إباحة نفع لأصل ما ، أو لخدمة بشرية ما(٥٠) .

إلاّ أن الباحث يرى أن المعاملة بسندات الخدمات بالصورة المتقدمة يمكن تكييفها على أنها عقد سلم . لأن ثمن السند ستحصل عليه الشركة التي ستنتج الخدمة أو المنفعة عند تسويقها له حالاً ، والانتفاع بالخدمة التي يحتويها السند مؤجلة إلى وقت محدد في المستقبل . وذكر جمهور الفقهاء أن السَلَم جائز في المنافع أو الخدمات إذا كانت صالحة للثبوت في الذمة ، ويمكن تحديدها وضبطها بالقدر والصفة . فقد ذكر المالكية جواز أن يكون رأس مال السلم من المنافع إذا عجل قبض العين التي تستوفي منها المنفعة ولو تأخر استيفاء تلك المنافع إلى ما بعد قبض المسلم فيه جاء في الشرح الكبير : « وجاز السلم بمنفعة شيء معيّن كسكنى دار وخدمة عبد وركوب دابة معينة ولو تأخر استيفاؤها عن قبض المسلم فيه »[٥١] . وذكر الشافعية جواز أن يكون رأس مال السلم منفعة جاء في مغني المحتاج : « .. ويجوز كونه منفعة – أي رأس مال السلم – كما يجوز جعلها ثمناً أو أجرة أو صداقاً .. »[٥٢] . وكذلك الحنابلة قالوا بجواز السلم في المنافع ، جاء في كشاف القناع : « فيجري السلم في المنافع كالأعيان »[٥٣] . والمنافع كما يجوز أن تكون رأس مال في السَلم عند الجمهور ، فإنه يجوز أن تكون مسلماً فيها لأنها تثبت في الذمة كالأعيان وذكر ذلك في مغني المحتاج بقوله : « يصح السلم في المنافع كتعليم القرآن لأنها تثبت في الذمة كالأعيان »[٥٤] . ويستفاد مما تقدم أن عقد السلم عام في كل الأموال الصالحة للثبوت في الذمّة والانضباط بالصفة والقابلة للتداول على سبيل المعاوضات المالية ، وليس محصوراً فيما يمكن تقديره بالكيل أو الوزن ولا مقتصراً على الأموال التي كان يسلم فيها في القدم[٥٥] .

خامساً : الخاتمة والتوصيات :

إن تمويل مشاريع البنية التحتية في الماضي كان من مسئولية الدولة فهي التي تمتلك مشاريع المرافق الأساسية وتنفق على إقامتها وتتولى إدارتها وتشغيلها ، وكانت تمثل لها عبئاً مالياً كبيراً فتتحمل الديون الداخلية والخارجية لتوفير التمويل اللازم لها ، ونظراً لأهمية هذه المشاريع بحيث لا يمكن لأي نهضة اقتصادية أو اجتماعية في أي دولة أن تقوم بدونها ، سعت دول العالم وخاصة النامية منها إلى التخصيص ، أي مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مشاريع البنية التحتية وإدارتها وتشغيلها وبالتالي استطاعت أن تخفف من أعبائها المالية والإدارية ، وتتفرغ للأعباء الأخرى الرئيسة والهامة كالأمن والدفاع ونحوها .

من الأساليب الجديدة لمظاهر التخصيص ومنح القطاع الخاص امتيازات لتنفيذ مشاريع البنية التحتية أسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة BOT ويُمكّن هذا الأسلوب القطاع الخاص من إقامة وتطوير وإدارة – مؤقتاً – تملك تلك المشاريع خلال فترة الامتياز الممنوحة لها ثم تتحول بعدها ملكيتها إلى الدولة ، ولهذا فإن أعباء تمويل هذه المشاريع قد انتقل من القطاع العام إلى القطاع الخاص .

يحقق الاستثمار بأسلوب BOT أرباحاً مرتفعة للقطاع الخاص ، ولكن أعضاء الاتحاد المالي المؤسسين لشركة المشروع التي ستقوم بتنفيذ مشروع البنية التحتية المطلوب إقامته وتشييده لا يساهمون في رأس مال هذه الشركة عادة إلاّ بنسبة تتراوح بين ١٥ ٪ إلى ٣٠ ٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع

ويلجأون إلى البنوك ومؤسسات التمويل للحصول على بقية التمويل الذي تتراوح نسبته بين ٧٠ ٪ إلى ٨٥ ٪ من رأس مال شركة المشروع وهو عبارة عن قروض ربوية بفوائد ، وهي من قبيل ربا النسيئة الذي نزل القرآن بتحريمه .

يجوز للدولة أن تمنح القطاع الخاص الفرصة للمشاركة في إقامة وبناء بعض مشاريع البنية التحتية التي يتحقق منها نفع عام ومباح للجمهور على أن تكون الأولويات للمشاريع التي تتحقق منها المصالح الضرورية ثم الحاجيّة ثم التحسينية .

توجد صيغ تمويل إسلامية بديلة عن الاقتراض من المصارف والمؤسسات المالية بفوائد ربوية محرمة . ويوصي الباحث الدول الإسلامية التي تتعاقد مع شركات القطاع الخاص العالمية والمحلية لإقامة مشاريع للبنية التحتية لديها أن توجه هذه الشركات لاستخدام الصيغ الإسلامية للتمويل ومنها :

أ – الحصول على التمويل من المصارف الإسلامية بطريق المشاركة .

ب – تأسيس شركة مساهمة للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام من الجمهور بكامل رأس المال ، على أن يشترط في عقد الشركة الابتدائي ونظامها الأساسي على المؤسسين والمساهمين التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد انتهاء مدّة الشركة وفترة امتيازها .

جـ – التمويل عن طريق إصدار وبيع سندات الخدمة التي ستنتجها شركة المشروع للجمهور بحيث يمثل كل سند فيها كمية معروفة وموصوفة ومحددة تحديداً دقيقاً للخدمة المنتجة . على أن يكون الانتفاع بهذه السندات في فترة

زمنية مستقبلة ومحددة أيضاً ، وبثمن أقل من الثمن الذي تباع به نفس كميات الخدمة المتاح استخدامها على الفور . وهذه الصيغة من قبيل بيع السلم لأن ثمن سند الخدمة ستحصل عليه شركة المشروع عند تسويقه حالاً ، والانتفاع بالخدمة التي يحتويها السند مؤجلة إلى وقت محدد في المستقبل . وقد ذكر جمهور الفقهاء جواز السلم في المنافع أو الخدمات إذا كانت صالحة للثبوت في الذمة ، ويمكن تحديدها وضبطها بالقدر والصفة .

والحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات ، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

الحواشي والتعليقات

(١) محمد عمر شابرا ، النظام الاقتصادي في الإسلام " دور الدولة " ، بيروت – لبنان ، مجلة المسلم المعاصر ، العدد ١٦ ، ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م ، ص ٥٧ .

(٢) إبراهيم فؤاد أحمد علي ، الإنفاق العام في الإسلام ، القاهرة ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ١٣٩٣ هـ ، ١٩٧٣ م ، ص ٣٩ .

(٣) عبد الله حاسن معبد الجابري ، مشاريع تكوين البنية الأساسية في الاقتصاد الإسلامي وآثارها ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، رسالة دكتوراه ، ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م ، ص ١٨ ، ١٩ .

(٤) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الجامع الصغير ، بيروت ، دار الفكر ، ط: الأولى ، ١٩٨١ م ، جـ٢ ، ص ٥٨٦ .

(٥) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، القاهرة ، دار الحديث ، ١٤١٢ هـ – ١٩٩١ م ، جـ٣ ، ص ١١٨٨ .

(٦) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، روضة الناظر وجنة المناظر ، بيروت – لبنان ، دار الندوة الجديدة ، بدون ، ص ١٩ .

(٧) عبد الله الجابري ، مشاريع تكوين البنية الأساسية في الاقتصاد الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٢٩ ، ٣٠ .

(٨) يقصد بالمصالح الضروريّة : ما لا بُدّ منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج ، وفي الآخرة فوات النجاة والرجوع بالخسران المبين . والمقاصد الحاجيّة هي : ما يُفْتَقَرُ إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة ، ولكن لا يبلغ مبلغ الفساد المتوقع في المصالح العامّة . والمقاصد التحسينيّة هي : الحاجات التي لا تتحرج الحياة بتركها وإن كانت مّما يُدخل الجمال والمتعة على الحياة الإنسانية . انظر :

أبو إسحاق إبراهيم اللخمي ، الموافقات في أصول الأحكام ، القاهرة ، مطبعة المدنية ، ١٩٦٩ م ، جـ٢ ، ص ٤ ، ٥ ، ٦ . وعبد الله الجابري ، مشاريع تكوين البنية الأساسية في الاقتصاد الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٤٧ ، ٤٨ .

(٩) عمرو محي الدين ، التخلف والتنمية ، بيروت ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ م ، ص ٢٣٦ .

(١٠) عبد القادر محمد عبد القادر عطية ، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT ، الاسكندرية ، الدار الجامعية ، ط : الثانية ، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١ م ، ص ٦٣١ .

(١١) عبد الله الجابري ، مشاريع تكوين البنية الأساسية في الاقتصاد الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٦٣ .

(١٢) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ٦٣١ .

(١٣) سعيد بن سعد المرطان ، تجربة البنك الأهلي التجاري في تعبئة المدخرات لتمويل مشاريع البنية التحتية بصيغ إسلامية ، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية ، جدة ، جامعة الملك عبد العزيز ٢ - ٤ / ٧ / ١٤٢٠ هـ ، ص ٣ .

(١٤) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ص ٦٣١ .

(١٥) السيد إمام محمود حجازي ، المعايير المستحدثة في تقييم دراسات الجدوى للمشاريع الاقتصادية بصفة عامّة ومشاريع البنية الأساسية بصفة خاصة ، القاهرة ، البنك الأهلي المصري ، مايو ١٩٩٧ م ، ص ١٤ .

(١٦) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ص ٦٣٢ .

(١٧) أحمد السعيد الزقرد ، التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي (عقود BOT وآليات الدول العالمية) ، القاهرة ، المؤتمر السنوي السادس كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٦ - ٢٧ مارس ٢٠٠٢ هـ ، ص ٣ .

(١٨) خالد بن عبد الله الدغيشر ، أساليب البناء – التشغيل – الإعادة " BOT " : سلاح المنافسة الجديد في صناعة البناء والتشييد ، المؤتمر الهندسي السعودي الخامس ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، ١٣ – ١٦ ذي القعدة ١٤١٩ هـ ، ص ٨٣ .

(١٩) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، الصفحات ٦٦٣ ، ٦٣٤ ، ٦٤٦ .

(٢٠) خالد الدغيشر ، مرجع سابق ، ص ٩٠ .

(٢١) عبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي ، خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية ، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية ، جدة ، جامعة الملك عبد العزيز ، ٢ – ٤ / ٧ / ١٤٢٠ هـ ص ٤٣ .

(٢٢) خالد الدغيشر ، مرجع سابق ، ص ٩٣ ، ٩٢ .

(٢٣) البنك الدولي ، تقرير عن التنمية في العالم ١٩٩٤ ، مرجع سابق ، ص ١١٤ – ١١٥ .

(٢٤) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ٦٤٦ ، ٦٤٧ .

(٢٥) خالد الدغيشر ، مرجع سابق ، ص ٨٧ ، ، وعبد الرحيم الساعاتي ، مرجع سابق ، ص ١٤ .

(٢٦) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ص ٦٤٩ .

(٢٧) عبد الرحيم الساعاتي ، مرجع سابق ، ص ١٤ .

(٢٨) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ص ٦٤٨ .

(٢٩) عبد الرحيم الساعاتي ، مرجع سابق ، ص ٧ .

(٣٠) خالد الدغيشر ، مرجع سابق ، ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٣١) يتضمن هذا الإطار في الغالب التشريعات المتعلقة بالإعفاء الضريبي ، وقوانين وأنظمة العمل والعمال ، والجمارك ، وحماية المستثمر الأجنبي ونحو ذلك . انظر : عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ص ٦٣٦ .

(٣٢) ويتحدد ذلك بناء على دراسة الجدوى المبدئية التي تعدّها الحكومة لتوضح الجوانب المختلفة للمشروع بالنسبة للراغبين في تنفيذه .

(٣٣) جرت العادة على أن تتكوّن معظم المساهمات في رأس مال وملكية هذه المشاريع من شركات المقاولات العالية ، وشركات أخرى هندسية وصناعية وقانونية وشركات تأمين . إلاّ أن هذه المجموعة تدرك الدور الإيجابي الذي يلعبه تواجد الشركاء المحليين من أجل نجاح المشروع وتسهيل مهمة عملهم فتسعى إلى مشاركة المقاولين والمستثمرين والأيدي العاملة المحليين . انظر : خالد الدغيثر ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .

(٣٤) عبد الرحيم الساعاتي ، مرجع سابق ، ص ١٦ .

(٣٥) تحصل شركة المشروع على هذه القروض من قبل البنوك التجارية أو بيوت التمويل والمؤسسات المالية الدولية ، وقد تصل مدتها إلى خمسة عشر عاماً . وتعتمد الجهات المقرضة في سداد هذه القروض على القيمة المتوقعة لإيرادات المشروع . وليس لها أي مدخل إلى المجموعة المتبنية للمشروع من أجل استرجاع قروضهم في حالة فشل المشروع . إلاّ أن مشاركة المجموعة المتبنية للمشروع في حصة رأس المال (أسهم وحقوق الملكية) تعطي درجة من الطمأنينة للمقرضين في توقعاتهم لنجاح تنفيذ المشروع وتحقيقه لعوائد مجزية .. وعلى الرغم من أن تمويل المشاريع التي تنفذ بأسلوب الـBOT تكون عادة غير مضمونة كما تقدم وأنها تعتمد على القيمة المتوقعة لإيرادات المشروع ، أو على قيمة أصوله التي يمكن بيعها في حالة فشل المشروع وسداد التزاماته منها . إلاّ أن هناك من يرى بأنه في حالة تعاقد الحكومة مع شركة المشروع على شراء خدماته المنتجة خلال فترة العقد بأسعار محددة ، كشراء الطاقة الإنتاجية لمشروع توليد كهرباء ، أو تنقية مياه ، تصبح إيرادات المشروع في هذه الحالة أكثر تأكداً ، وبالتالي يمكن القول بأن الإقراض المقدم لهذا المشروع إقراض بضمان محدود . انظر : خالد الدغيثر ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .

- عبد الرحيم الساعاتي ، مرجع سابق ، ص ١٦ .
- عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ص ٦٣٥ ، ٦٣٦ .

(٣٦) عبد الرحيم الساعاتي ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(٣٧) عبد القادر عطية ، مرجع سابق ، ٦٥٣ ، ٦٥٤ .

(٣٨) تتراوح فترة الامتياز من ١٥ إلى ٢٥ عاماً ، وتختلف باختلاف نوعية المشروع وحسب الشروط التي تطلبها الحكومة .

(٣٩) عبد الرحيم الساعاتي ، مرجع سابق ، ص ١٢ .

(٤٠) خالد الدغيثر ، مرجع سابق ، ص ٨٩ .

(٤١) المرجع السابق ، ص ٨٩ .

(٤٢) البثوق جمع بثق وهو ما يخرقه الماء في جانب النهر . والمسنيات جمع مسناة وهو السّد يُبنى في وجه الماء . والبريدات مفاتح الماء .

(٤٣) القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ، كتاب الخراج ، بيروت – لبنان ، دار المعرفة ، ١٣٩٩ هـ – ١٩٧٩ م ، ص ١١٠ .

(٤٤) عبد الله الجابري ، مشاريع تكوين البنية الأساسية في الاقتصاد الإسلامي ، مرجع سابق ، ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٤٥) القاضي أبو يوسف ، كتاب الخراج ، مرجع سابق ، ص ١١٠ .

(٤٦) وتستطيع المصارف الإسلامية أن تؤسس صناديق استثمار مغلقة وتخصصها للاستثمار في مشاريع البنية التحتية .

(٤٧) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، القاهرة ، هجر للطباعة والنشر ، ط: الثانية ، ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢ م ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو ، جـ٧ ، ص ١٣٤ ، ١٣٥ .

(٤٨) عبد العزيز عزت الخياط ، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ط : الثانية ، ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م ، ص ٩١ – ٩٣ .

(49) MONZER KAHF " SERVICE BONDS FOR FINANCING PUBLIC UTILITIES " to be ptresented at the Seminar on Financing Government Enterprises from the Private Sector, King Abdulaziz University, Jeddah 2 - 4 - rajab 1420 h, pp. 17 - 22.

(50) Op. Cit. PP. 17 - 22 .

(٥١) أحمد الدردير ، الشرح الكبير ، مصر ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون ، جـ٣ ، ص ١٩٦ .

(٥٢) محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، بيروت – لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، بدون ، جـ٢ ، ص ١٠٣ .

(٥٣) منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، مصر ، دار الفكر ، بدون ، جـ٣ ، ص ٥٦٤ .

(٥٤) محمد الشربيني الخطيب ، مرجع سابق ، جـ٢ ، ص ١١٤ .

(٥٥) مطهر سيف أحمد ، عقد السلم وعقد الاستصناع ومجالات تطبيقهما في الاقتصاد الإسلامي ، رسالة ماجستير ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م ، ص ٢٥ ، ص ٤٧ .

مراجع البحث

١ – أبو يوسف ، القاضي يعقوب بن إبراهيم ، كتاب الخراج ، بيروت – لبنان ، دار المعرفة ، ١٣٩٩ هـ – ١٩٧٩ م .

٢ – أحمد ، مطهر سيف ، عقد السلم وعقد الاستصناع ومجالات تطبيقهما في الاقتصاد الإسلامي ، رسالة ماجستير ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م .

٣ – البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، مصر ، دار الفكر ، بدون .

٤ – الجابري ، عبد الله حاسن معبد ، مشاريع تكوين البنية الأساسية في الاقتصاد الإسلامي وآثارها .

٥ – حجازي ، السيد إمام محمود ، المعايير المستحدثة في تقييم دراسات الجدوى للمشاريع الاقتصادية بصفة عامّة ومشاريع البنية الأساسية بصفة خاصة ، القاهرة ، البنك الأهلي المصري ، مايو ١٩٩٧ م .

٦ – الخطيب ، محمد الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، بيروت – لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، بدون .

٧ – الخياط ، عبد العزيز عزت ، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م .

٨ – الدردير ، أحمد ، الشرح الكبير ، مصر ، دار إحياء الكتب العربية ، بدون .

٩ – الدغيثر ، خالد بن عبد الله ، أساليب البناء – التشغيل – الإعادة " BOT " سلاح المنافسة الجديد في صناعة البناء والتشييد ، المؤتمر الهندسي السعودي الخامس ، مكة المكرمة ، جامعة أم القرى ، ١٣ – ١٦ ذي القعدة ١٤١٩ هـ .

١٠ – الزقرد ، أحمد السعيد ، التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي (عقود BOT وآليات الدول العالمية) ، القاهرة ، المؤتمر السنوي السادس ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٦ – ٢٧ مارس ٢٠٠٢ م .

١١ – الساعاتي ، عبد الرحيم عبد الحميد ، خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية ، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية ، جدة ، جامعة الملك عبد العزيز ، ٢ – ٤ / ٧ / ١٤٢٠ هـ .

١٢ – السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، الجامع الصغير ، بيروت ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨١ م .

١٣ – شابرا ، محمد عمر ، النظام الاقتصادي في الإسلام " دور الدولة " ، بيروت – لبنان ، مجلة المسلم المعاصر ، العدد ١٦ ، ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م .

١٤ – عطية ، عبد القادر محمد عبد القادر ، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT ، الاسكندرية ، الدار الجامعية ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٠ – ٢٠٠١ م .

١٥ – علي ، إبراهيم فؤاد أحمد ، الإنفاق العالم في الإسلام ، القاهرة ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ١٣٩٣ هـ – ١٩٧٣ م .

١٦ – اللّخمي ، أبو إسحاق إبراهيم ، الموافقات في أصول الأحكام ، القاهرة مطبعة المدني ، ١٩٦٩ م .

١٧ – محي الدين ، التخلف والتنمية ، بيروت ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ م .

١٨ – المرطان ، سعيد بن سعد ، تجربة البنك الأهلي التجاري في تعبئة المدخرات لتمويل مشاريع البنية التحتية بصيغ إسلامية ، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية ، جدة ، جامعة الملك عبد العزيز ، ٢ – ٤ / ٧ / ١٤٢٠ هـ .

١٩ – المقدسي ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ، روضة الناظر وجنة المناظر ، بيروت – لبنان ، دار الندوة الجديدة ، بدون .

– المغني ، القاهرة ، هجر للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢ م ، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح الحلو .

٢٠ – النيسابوري ، مسلم بن الحجاج القشيري ، صحيح مسلم ، القاهرة ، دار الحديث ، ١٤١٢ هـ – ١٩٩١ م .

21 - MONZER KAHF " SERVICE BONDS FOR FINANCING PUBLIC UTILITIES " to be ptresented at the Seminar on Financing Government Enterprises from the Private Sector , King Abdulaziz University , Jeddah 2 - 4 - rajab 1420 h .

تسوية منازعات التجارة الدولية

في

منظمة التجارة العالمية

الخصائص - القواعد والإجراءات - التنفيذ

دكتور

جلال وفاء محمدين

أستاذ القانون التجاري - كلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

مقدمــــة

تعتبر آلية تسوية المنازعات من أهم وأبــرز الإنجــازات التــي أسفرت عنها جولة أورجواي عام ١٩٩٤. صحيح إن هذه الآلية قد نشأت على غرار نظام تسوية المنازعات في ظل اتفاقيات الجات لعــام ١٩٤٧، إلا أن بناء الآلية الجديدة قد تلافى الكثير من العيوب التي كانت تعــتري النظام السابق لتسوية منازعات التجارة الدوليــة ، وذلــك بمــا أدخلــه المؤتمرون في الاجتماع الوزاري الذي انعقد في مونتريال عام١٩٨٨ من إصلاحات على ذلك النظام. ولعل من أهم الإنجازات التي تحققــت فــي جولة أورجواي إمكانية اللجوء إلى آلية تسوية المنازعات التي نشأت في رحاب منظمة التجارة العالمية **World Trade Organization (WTO)** لكي تشمل موضوعات واتفاقات جديدة كالمنازعات التي تنشــأ بمناســبة تطبيق اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقــوق الملكيــة الفكريــة (تريبــس) **The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)** وكذلك اتفاقية الخدمات **The Services Agreement** إلى جانب الاتفاقيات الأخرى المشمولة والملحقــة باتفاقية منظمة التجارة العالمية.

وتتميز الآلية المستحدثة لتسوية المنازعات فــي إطــار منظمــة التجارة العالمية بالتلقائية في إنشاء وتكوين فرق التحكيم **Panels**، عــلاوة على تحديد اختصاصاتها ، وكذلــك الســرعة فــي إصــدار القــرارات والتوصيات من خلال القواعد الملزمة بتحديد المواعيد التي يتعين خلالــها إنهاء التسوية. كما تتميز الآلية الجديدة بإنشاء هيئة استئنافية **Appellate Body** ترفع إليها الطعون في قرارات فرق التحكيم. وفوق ذلك كلــــه ،

استُحدث نظـــام التشـــاور Consultation كأســلوب يتيــح للأطـــراف المتنازعين الفرصة للوصول إلى حلول سريعة ومرضية لمنازعاتـــــهم ٠ وتأكيداً لفاعلية آلية تسوية المنازعات في ظل منظمة التجـــارة العالميـــة WTO ، فقد نصت المذكرة المتعلقـــة بـــإجراءات تســـوية المنازعـــات (مذكـــرة التفـــاهم) Dispute Settlement Understanding (DSU) والملحقة باتفاق منظمة التجارة العالمية علـــى قواعـــد لإنفـــاذ وإعمـــال القرارات الصادرة من جهاز تسوية المنازعات Dispute Settlement Body (D S B) في القضايا التي يتم البت فيها ٠

ونقوم فيما يلي بإبراز الملامح والخصـــائص الجوهريـــة لآليـــة تسوية المنازعات في إطار WTO ، وكذلك القواعد والإجـــراءات التـــي وضعتها مذكرة التفاهم للفصل في المنازعات مع عرض لمشكلات تنفيـــذ القرارات والتوصيات في هذا الخصوص٠

تقسيم :

وعليه ينقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: خصائص آلية تسوية المنازعـــات فـــي منظمـــة التجارة العالمية٠

المطلب الثاني. قواعد وإجراءات تسوية المنازعات فـــي منظمـــة التجارة العالمية٠

المطلب الثالث: تنفيذ التوصيات والقرارات٠

المطلب الأول

خصائص آلية تسوية المنازعات

في منظمة التجارة العالمية

أولاً- تغليب السمة القضائية على السمة الدبلوماسية:

اتفق المؤتمرون في جولة أورجواي على الأهمية القصوى لتكريس الجهود من أجل إنشاء سبل بديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية. ومع ذلك حصل خلاف - في بداية الأمر - حول الأسلوب والمنهج الذي يتعين اتباعه في هذا الخصوص[1]. فلقد كانت بعض الدول وبالذات دول الاتحاد الأوروبي تفضل الطرق الدبلوماسية لتسوية منازعات التجارة الدولية بالنظر إلى أن هذه الطرق تتسم بالمرونة، وخاصة أن تلك المنازعات عادة ما يكون لها انعكاسات سياسية، لذا يكون من الأفضل تسويتها بطريق التشاور بين الدول والمفاوضات والمصالحات الدبلوماسية وليس عن طريق المحاكم أو هيئات التحكيم[2].

---

(١) وفي مثال للخلاف حول أسلوب ومنهج تسوية منازعات التجارة الدولية ذلك الخلاف بين الولايات المتحدة الأمريكية واليابان، راجع:

John Linarelli, The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons from the Kodak – Fuji Dispute, Volume 31 No. 2 Law and Policy in International Business pp. 263 – 273 (2000);

راجع كذلك:

William Davey, The WTO Dispute Settlement System, Volume 3 No. 1 Journal of International Economic Law, pp. 15 – 18 (March 2000).

(٢) أنظر في معنى قريب:

Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats, Volume 29 No. 2 The International Lawyer pp. 389 – 409 (Summer 1995).

وبصفة خاصة في ص ٣٨٩ وما بعدها؛ راجع أيضاً: =

وبعبارة أخرى ، لمّا كان الأطراف المتنازعون دولاً ذات سيادة ، فإنه لا ينبغي فرض التسوية بتطبيق قواعد إلزامية جامدة ، بل الأفضل أن يتحقق هذا من خلال المفاوضات والمصالحات.

ومع ذلك ، أصرت الولايات المتحدة الأمريكية على أن أفضل السبل لتسوية منازعات التجارة الدولية لا يكون إلا باتباع الطرق القضائية والقانونية **Adjudicatory and Legalistic approach** من خلال تطبيق قواعد ملزمة للأطراف المتنازعين لخلافاتهم الناشئة عن تطبيق اتفاقيات الجات[٣]. وانتصرت الولايات المتحدة لرأيها على أساس أن الحلول القضائية عادة ما تكون واضحة بالنظر إلى تطبيق قواعد ملزمة ومعروفة سلفاً ، وبحيث لا تختلف الحلول كثيراً من حالة إلى أخرى في المنازعات المتشابهة ، وبما يؤدي إلى تواتر أحكام وحلول قضائية بما

Judith H. Bello & Alan F. Holmer, U.S. Trade Law and Policy= Series No. 24: Dispute Resolution in the New World Trade Organaization: Concerns and Net Benefits, Volume 28 No. 4 The International Lawyer (Winter 1994).

وأنظر على وجه الخصوص في الانعكاسات السياسية لمنازعات التجارة الدولية:

Vilaysoun Loungnarath & Céline Stehly, The General Dispute Settlement Mechanism in the North American Free Trade Agreement and the World Trade Organization System, Volume 34 No. 1 Journal of World Trade pp. 39 – 71 (February 2000);

وراجع أيضا :

Georges A. Cavallier, A Call for Interim Relief at the WTO Level: Dispute Settlement and International Trade Diplomacy, Volume 22 No. 3 World Competition Law and Economics Review, pp. 103 – 139 (September 1999).

(٣) راجع بصفة خاصة :

Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round...

المقالة المشار إليها ص ٣٩٠ وما بعدها.

Georges A. Cavallier, A Call for Interim Relief at the WTO Level.....

المقالة السابقة وبصفة خاصة ص ١٠٤ وما بعدها. وراجع أيضاً:

Judith H. Bello & Alan F. Holmer, U.S. Trade Law and Policy Series No. 24: Dispute Resolution in the New World Trade Organization: Concerns and Net Benefits, Volume 28 No. 4 The International Lawyer, pp. 1095 – 1103 (Winter 1994).

يساهم في إرساء قواعد راسخة للجات وتوحيد المعايير التي يتم اتباعـــها في تسوية المنازعات بين الدول ، وكذلك التوصل إلى حلول عادلة تقضي على أي خلاف في التطبيق يمكن أن ينشأ بسبب التفاوت الاقتصادي بيـن الدول المتقدمة والدول النامية[٤]. كما أن اتباع الأسلوب القضـــائي فـــي تسوية المنازعات من شأنه ، ولا شك ، أن يعزز مبدأ المعاملــــة بـــالمثل والتجارة الحرة ، وبما قد يجنـــب دول العــالم الدخـول فـــي حــروب تجارية[٥].

ولقـــد كانـــت النتيجـــة النهائية لمفاوضـــات جولـــة أورجـــواي حاسمة في إسباغ الصبغتين القضائية والقانونيـــة علـــى آليـــات تســـوية المنازعات ، وبما يمثل انتصاراً للولايات المتحدة الأمريكيـــة[٦]. ولقـــد

---

(٤) راجع :
Thomas L. Brewer and Stephen Young, WTO Disputes and Developing Countries, Volume 33 No. 5 Journal of World Trade, pp. 169 – 182 (1999).
وبصفة خاصة في ص ١٧٨ وما بعدها . ويقرر مؤلف المقالة المذكورة أنه في الفترة من الأول من يناير عام ١٩٩٤ حتى اليوم الأخير من ديسمبر عام ١٩٩٨ (أي خلال الأربع ســـنوات الأولى لقيام منظمة التجارة العالمية بأعمالها) فقد تم تقديم مائة وخمسة وخمسين طلب للتشاور أمام منظمة التجارة العالمية منها طلبات للدول النامية تمثل ٦٠% من عدد هذه الطلبات ، راجع ص ١٦٩ من ذات المقالة المذكورة ، وكذلك جداول لبيان نوعية هذه المنازعـــات في ص ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ من ذات المقالة.

(٥) راجع في معنى قريب
Judith H. Bello & Alan F. Holmer, U.S. Trade Law and Ploicy Series No. 24: Dispute Resolution in the New World Trade Organization.........
المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١١٠٢ ، ١١٠٣.

(٦) المقالة السابقة ، ص ١٠٩٩ ، وراجع كذلك :
Rufus H. Yerxa & Demetrios J. Marantis, Assessing the New WTO Dispute System: A U.S. Perspective, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 795 – 809 (Fall 1998).
وراجع أيضاً :
Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round...
المقالة المشار إليها ، ص ٣٩١.

تجلى ذلك في خطوات عديدة فكانت الخطوة الأولى هي تبني نظام تطوير نظام المنازعات عام ١٩٨٩ بإلزام الطرف الخاسر أو المسئول بالرد على طلب التشاور في خلال مواعيد قصيرة محددة ، وأن يكون للدولة المضرورة إلغاء طلب التشاور وأن تطلب بدلاً من ذلك تكوين فريق التحكيم The Panel في خلال مواعيد قصيرة ؛ كما أدخلت- كخطوة تالية- تعديلات على كيفية تكوين فريق التحكيم من خبراء مستقلين بدلاً من خبراء تابعيين لحكوماتهم بحيث تكون قراراتهم بعيدة عن الانحياز(٧). كما أدخلت قواعد هامة على طريقة مداولات اللجنة إذ تم تحديد الوقت الذي يتعين أن يستغرقه فريق التحكيم لاستكمال الإجراءات وبحيث لا يجب أن يتجاوز فريق التحكيم للبت بقرار في المنازعة مدة تسعة أشهر من وقت تقديم النزاع إليها. كما تقرر للأطراف المتنازعة الحق في طلب إجراء التحكيم الملزم، وبما يعتبر إضافة نحو الاتجاه القضائي لتسوية منازعات التجارة الدولية.

ورغم ذلك كله ، فإن نظام ١٩٨٩ كانت تشوبه نقائص عديدة منها: عدم وجود آلية واضحة لتنفيذ وإعمال القرارات الصادرة عن فريق التحكيم ، إمكانية إهدار الطرف الخاسر لقيمة القرار الصادر بعدم تنفيذه ، وعدم وجود آلية معينة لمراقبة تنفيذ قرارات فريق التحكيم(٨).

---

(٧) راجع :

Judith H. Bello and Alan F. Holmer, U.S. Trade Law and Policy Series No. 24: Dispute Resolution in the New World Trade Organization: Concerns and Benefits, Volume 28 No. 4 The International Lawyer pp. 1095 – 1104 (1994).

وبصفة خاصة في ص ١٠٩٨.

(٨) المقالة السابقة ، ص ١٠٩٨ وما بعدها . وراجع بصفة خاصة:

Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyer Triumph over Diplomats, Volume 29 No. The International Lawyer pp. 389 – 409 (1995).

وخاصة في ص ٣٩٦ وما بعدها .

ونحو مزيد من الوضوح في الاتجاه نحو قانونية وسائل تسوية المنازعات ، فقد اقترح المدير العام للجات في ديسمبر عام ١٩٩٤ مذكرة تفاهم حول تسوية منازعات التجارة في إطار اتفاقية الجات والذي تم توقيعه في مراكش في شهر إبريل عام ١٩٩١ والمعروف باسم :

"Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes".

أي التفاهم حول قواعد وإجراءات تسوية المنازعات (مذكرة التفاهم) والذي تم إقراره في جولة أورجواي عام ١٩٩٤ [٩]، ووفقاً لمذكرة التفاهم ، فقد تم إنشاء جهاز تسوية المنازعات **Dispute Settlement Body (DSB)** (الجهاز) وذلك بغرض إدارة القواعد والإجراءات للتفاهم وأيضاً لتقديم مساعي خدمات التوفيق والمصالحة والمساعي الحميدة[١٠]، كما تنص المادة الثانية عشرة من مذكرة التفاهم

---

(٩) راجع :

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 817- 849 (Fall 1998).

وبصفة خاصة في ص ٨١٨.

راجع كذلك:

John H. Jackson, Julius L. Katz, Hugo Pamen and Alan Wm. Wolf, Summary of Presentations, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 943-949 (Fall 1998).

وبصفة خاصة في ص ٩٤٥ ؛ كذلك:

Charles E. Roh, Jr., John Kingery, Greg Mastel and James D. Southwick, Presentation Summary and Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp 883-900 (Fall 1998).

وبصفة خاصة في ص ٩٩٥.

(١٠) راجع:

Trading into The Future, WTO: The World Trade Organization, (2nd edition, February, 1998).

وبصفة خاصة في ص ٣٩ ؛ وكذلك :

William J. Davey, The WTO Dispute Settlement System, ...

المقالة المشار إليها سابقا ، وخاصة في ص ١٧ ؛ أيضا :

Mauricio Salas and John Jackson, Procedural Overview of =

على سلطة الجهاز في إنشاء فرق تحكيم **Panels** للنظر في المنازعات ، وتبني قراراتها وكذلك القرارات التي تصدر في الاستئناف ، ومراقبة تنفيذ القرارات والتوصيات والترخيص بإيقاف الامتيازات الممنوحة للدول الخاسرة ، وغيرها من الالتزامات الأخرى التي تنص عليها اتفاقيات الجات[١١].

وعلى الرغم من أن مذكرة التفاهم قطعت شوطاً كبيراً نحو إضفاء الطابع القانوني على وسائل وكيفية تسوية المنازعات على نحو ما سوف يتضح لاحقاً من خلال هذا البحث ، إلا أن هذه المذكرة قد احتفظت في نفس الوقت في جوانب ملموسة بالحلول الدبلوماسية[١٢]. ذلك أن الاتفاقية قررت أسلوب التشاور **Consultation** لتسوية ما قد ينشأ من منازعات بين الأطراف ، وبهدف التوصل إلى حلول

The WTO-EC-Banana Dispute, Volume 3 No. 1 Journal of= International Economic Law, pp 145-165 (2000).

وبصفة خاصة في ص ١٥١ ، و ١٥٧.

(١١) راجع :

Trading into The Future, WTO: The World Trade Organization...

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٩ ؛ راجع كذلك:

الدكتور سمير محمد عبدالعزيز ، التجارة العالمية وجات ٩٤ (الناشر مركز الإسكندرية للكتاب ١٩٩٦) ص ٥٢٢ ؛ وأنظر بصفة عامة:

John H. Jackson, Symposium on The First Three Years of the WTO Dispute Settlement System, Introduction and Overview, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp 613-617 (Fall 1998).

وبصفة خاصة في ص ٦١٥ ؛ أنظر كذلك:

Timothy M. Reif and John R. Magnus, Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System, Co-Chair's Introduction, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 609-617 (Fall 1998).

وبصفة خاصة في ص ٦١٠

(١٢) راجع مقالة :

George A. Cavallier, A Call for Interim Relief at the WTO Level, Dispute Settlement and International Trade Diplomacy......

المقالة المشار إليها سابقا ص ١٠٤ وما بعدها .

مرضية Satisfactory Solutions [١٣]. كما اعتمدت الاتفاقية أساليب المساعي الحميدة Good Offices والتوفيق Conciliation والوساطة Mediation [١٤]. وهذه أساليب تبذلها الأطراف المتنازعة باختيارها وبالاتفاق فيما بينها ولا تلتزم هذه الأطراف بقبول تلك الأساليب حتى حين عرضها من جانب المدير العام لمنظمة التجارة العالمية[١٥].

ويبين مما تقدم أن أسلوب تسوية المنازعات في ظل اتفاقيات الجات وإن كان تغلب عليه السمة القضائية،إلا أن هناك مكاناً للوسائل الدبلوماسية وأبرزها التشاور،وبما يعطي مرونة كبيرة للدول المتنازعة في النهج الذي تتبعه ولا يخل بإلزامية القرارات المتخذة في حالة التشاور واللجوء إلى الآلية القضائية للتسوية.

ثانيا - السمات الجوهرية لآلية تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية:

١- اتساع نطاق آلية تسوية المنازعات

تقضي مذكرة التفاهم أن قواعد وإجراءات تسوية المنازعات يمكن إعمالها بين الأعضاء بالنسبة لحقوق والتزامات الأطراف بموجب

---

(١٣) راجع مقالة :
Gary N. Horlick, The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution: A Private Practitioner's View, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 685-693 (Fall 1998).

(١٤) المادة الخامسة من مذكرة التفاهم ، وراجع:
الدكتور سمير محمد عبدالعزيز ، التجارة العالمية وجات ٩٤ ، المشار إليه سابقاً ، ص ٥٢٧ وما بعدها .

(١٥) راجع مقالة: الدكتور محمد حسام لطفي "تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)" من منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO-Gill/IP/DUB/98/21 (١٩٩٧) ، وبصفة خاصة في ص ٨ من المقالة المذكورة .

أحكام اتفاق منظمة التجارة العالمية ، وكذلك بموجب الاتفاقيات الأخـرى الملحقة به بما فيها الملكية الفكرية وتجارة الخدمات وتجـارة البضـائع واتفاقيات التجارة متعددة الأطراف وغيرها[١٦]. وعليه ، تعتبر مذكـرة التفاهم خطوة هامة نحو عولمة وتوحيد أسلوب تسوية المنازعات بالنسـبة لجميع اتفاقيات وموضوعات الجات[١٧].

---

(١٦) المادة ١/١ من مذكرة التفاهم. كما تنص المادة ٢/١ من هذه المذكرة على أن "تطبيق أحكام وإجراءات هذا التفاهم رهناً بأية قواعد وإجراءات خاصة أو إضافية بشأن تسوية المنازعات تـرد في الاتفاقات المشمولة المحددة في الملحق ٢ لهذا التفاهم. وفي حال وجود اختلاف بين قواعـد وإجراءات هذا التفاهم والقواعد الخاصة أو الإضافية المدرجة في الملحق ٢ ، تكـون الأولويـة للقواعد والإجراءات الخاصة والإضافية. وفي حالة المنازعات التي تتطلب قواعـد وإجـراءات بموجب أكثر من اتفاق مشمول ، وإذا تضاربت القواعد والإجراءات الخاصة أو للاتفاقات محـل النظر ، وإذا أخفق طرفا النزاع في الاتفاق على قواعد وإجراءات خلال عشرين يوماً من تشكيل فريق تحكيم على رئيس جهاز تسوية المنازعات المنصوص عليه في الفقرة ١ من المادة ٢ (والمشـار إليه في هذا الاتفاق باسم الجهاز) أن يحدد ، بالتشاور مع طرفي النزاع ، القواعد والإجـراءات الخاصة التي ينبغي اتباعها وذلك بعد عشرة أيام من تلقيه طلباً من أحـد الطرفـين وينبغـي أن يسترشد الرئيس بالمبدأ الذي يقضي بأن تستخدم القواعد والإجراءات الخاصة أو الإضافية حيثما أمكن وأن القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا التفاهم تستخدم الحد الضروري لتجنب النزاع". وبذلك فإن قواعد وإجراءات تسوية المنازعات وفقاً لاتفاق التفاهم ترد علـى سـبيل المثال على منازعات الملكية الفكرية ، منازعات الخدمات ، منازعات الاستثمار ، منازعات البيئـة ... راجع:

Paul Edward Geller, Intellectual Property in the Global Marketplace: Impact of "TRIPS Dispute Settlement? Volume 29 No. 1 The International Lawyer, pp. 99-115 (Spring 1995).
Vanessa P. Sciarra, The World Trade Organization: Services, Investment, and Dispute Resolution, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp 923-931 (Fall 1998).
Steve Charnovitz, Environment and Health under WTO Dispute Settlement, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 901-921 (Fall 1998).
Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round...
المقالة المشار إليها سابقا ، ص ٣٩٥ وما بعدها.

(١٧) في معنى قريب:
Paul Edward Geller, Intellectual Property in the Global Marketplace.....
المقالة المشار إليه ، ص ١٠٣ وما بعدها.

٢ـ استشارية آلية تسوية المنازعات:

تنص المادة ٢٣ من مذكرة التفاهم صراحة على التزام الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بالالتزام والتقييد بقواعد مذكرة التفاهم كأساس لتسوية المنازعات عندما تسعى الدول الأعضاء إلى تصحيح أي انتهاك للالتزامات بموجب الاتفاقية أو إلغاء أو تعطيل أي من الميزات المقررة بموجبها لإحدى الدول الأعضاء أو في سبيل بلوغ أي من الأهداف الأخرى للاتفاقيات الملحقة باتفاق منظمة التجارة العالمية[١٨]. وبعبارة أخرى ، فإنه لا يجوز البت في حصول أي انتهاك لاتفاقيات الجات أو إلغاء أو تعطيل أي ميزات مقررة بموجبها أو عرقلة أي من أهدافها إلا من خلال اللجوء إلى تسوية النزاع طبقاً قواعد وإجراءات مذكرة التفاهم [١٩]. وينبني على ذلك ، إن حرية الأطراف في تسوية المنازعات أو الاتفاق الثنائي - غير المرخص به - غير مسموح به كأصل عام في اتفاقيات الجات ، ومع هذا ؛ فإن مذكرة التفاهم لا تحظر بشكل تام اختيار وسائل بديلة ولا تحد بصفة كاملة من حرية الأطراف في تسوية المنازعات بطريقة غير قرار فرق التحكيم **Panel decision** ، إذ يجوز للأطراف حل منازعتهم من خلال اتفاق متبادل مرخص به ، كما يجوز للأطراف عمل المشاورات وبذل المساعي الحميدة والتوفيق والمصالحة ، كما يجوز للأطراف المتنازعين الالتجاء إلى التحكيم بشأن بعض المنازعات التي يتم تحديدها بوضوح

---

(١٨) المادة ١/٢٣ من مذكرة التفاهم.

(١٩) المادة ٢/٢٣ من مذكرة التفاهم. وراجع بصفة عامة:

Paul Rosenthal, Scope for National Regulations – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 679-683 (Fall 1998). Robert E. Hudec, GAAT / WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 619 – 649 (Fall 1998).

كوسيلة بديلة عن التقديم إلى فرق التحكيم وبشرط إخطار جميع الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بأي اتفاق للأطراف المتنازعين على اللجوء إلى التحكيم وذلك قبل فترة كافية من البدء الفعلي في التحكيم ، كما لا يجوز لأية دولة أخرى عضو في منظمة التجارة العالمية أن تشترك في ذات التحكيم إلا بعد موافقة الأطراف الذين وافقوا على اللجوء إلى التحكيم[٢٠]، وترسل قرارات التحكيم إلى جهاز تسوية المنازعة وإلى الجهات الأخرى المعنية لكي يتمكن أي عضو أن يثير المسألة أو المسائل التي يراها ذات صلة بقرارات التحكيم[٢١]. والحقيقة أنه لو لم يتم النص صراحة في مذكرة التفاهم على حق الأطراف المتنازعين اللجوء إلى التحكيم لامتنع ذلك عليهم ذلك ، لما لنظام الجات من خصيصة استئثارية في عملية تسوية المنازعات.

وترتكز فكرة الاستئثارية التي يتصف بها نظام تسوية المنازعات في اتفاقية الجات على اعتبارين جوهريين: الاعتبار الأول مبني على أساس الحد من الهدر في الإجراءات فيما لو كان هناك أكثر من وسيلة أخرى لتسوية المنازعات إلى جانب آلية التسوية التي أتاحتها مذكرة التفاهم ، والاعتبار الثاني مبناه توحيد آلية تسوية المنازعات بين جميع الدول الأعضاء لمنع أي شقاق أو اختلاف من حيث الجوهر لا سيما في

---

(٢٠) المادة ٢/٢٥ من مذكرة التفاهم ، والمادة ٢/٢٣ من ذات المذكرة.

(٢١) المادة ٣/٢٥ من مذكرة التفاهم. وراجع :

Andrew W. Shoyer and Heather G. Forton, Performance of The System II: Panel Adjudication – Comments, Volume 32 No. 3. The International Lawyer, pp. 737-745 (Fall 1998).

وبصفة خاصة في ص ٧٣٨ وما بعدها.

ومع ذلك أنظر

Rutsel Silvestre J. Martha, World Trade Disputes and the Exhaustion of Local Remedies Rule, Volume 30 No. 4 Journal of World Trade, pp. 107-130 (1996).

وبصفة خاصة ص ١٢٨ وما بعدها.

حالات الاختلاف والتباين بين هذه الدول من حيث القوة الاقتصادية[٢٢]، والخلاصة ، أنه على الرغم من جواز اللجوء في أحوال استثنائية إلى تسوية المنازعات بوسائل بديلة بعيداً عن فرق التحكيم ، على أن هذه الوسائل البديلة محدودة من حيث الشكل والمضمون ، وبما يرتبه ذلك من اعتبار الآلية التي قررتها مذكرة التفاهم هي الأصل في أية تسوية للمنازعات بين الدول الأعضاء[٢٣].

---

(٢٢) راجع:
Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round..
المقالة المشار إليها ، ص ٤٠١.
ومثال ذلك أن الدول النامية ، ولأول مرة ، ونظراً للطبيعة القضائية لتسوية المنازعات في ظل منظمة التجارة العالمية ، أصبحت تستخدم وبطريقة منتظمة ومطردة آلية تسوية المنازعات في ظل هذه المنظمة ، حيث اشتركت وحتى عام ١٩٩٨ ثلاثة وعشرون دولة نامية في تلك التسويات، راجع:
C. Christopher Parlin, WTO Dispute Settlement, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 863-870 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٨٦٧.

(٢٣) وفي ذلك تنص المادة ٢/٣ من مذكرة التفاهم على أنه "يجب على كل عضو قبل رفع قضية ما أن ينظر بحكمة في جدوى المقاضاة وفق هذه الإجراءات ، وهدف آلية تسوية المنازعات هو ضمان التوصل إلى حل إيجابي للنزاع ، والأفضل ، طبعاً هو التوصل إلى حل مقبول لطرفي النزاع ومتوافق مع الاتفاقات المشمولة ، وعند عدم التوصل إلى حل متفق عليه يكون هدف آلية تسوية المنازعات عادة هو ضمان سحب الإجراءات المعنية إذا ما وجد أنها تتعارض مع أحكام أي من الاتفاقات المشمولة ، ولا يجوز اللجوء إلى تقديم التعويض إلا إذا تعذر سحب التدبير فوراً على أن يكون التعويض إجراء مؤقتاً في انتظار سحب الإجراء الذي يتعارض مع اتفاق مشمول ، والسبيل الأخير الذي يوفره هذا التفاهم للعضو المطالب بتطبيق إجراءات تسوية المنازعات هو إمكانية تعليق تطبيق التنازلات أو غيرها من الالتزامات بموجب الاتفاقات المشمولة على أساس تمييزي تجاه العضو الآخر ، رهناً بترخيص الجهاز باتخاذ هذه الإجراءات" ، كما تقضي المادة ٩/٣ من مذكرة التفاهم بأنه " لا تخل أحكام هذا التفاهم بحقوق الأعضاء في التماس تفسير رسمي لأحكام اتفاق مشمول ما من خلال قرار وبموجب اتفاق منظمة التجارة العالمية أو اتفاق مشمول هو في ذاته اتفاق تجاري جماعي عديد الأطراف" ،
راجع بصفة خاصة:
Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round...
المقالة المشار إليها ، ص ٤٠٠ وما بعدها ،

٣- فعالية آلية تسوية المنازعات:

حرص الأعضاء في منظمة التجارة العالمية WTO على التأكيد على فعالية آلية تسوية المنازعات من خلال النص على قواعد معينة تحول دون تعقيد الإجراءات أو الحيلولة دون تكوين فرق التحكيم التي تتولى الفصل في النزاع[٢٤]، فمن ناحية أولى، تنص مذكرة التفاهم صراحة على ضرورة تكوين فرق التحكيم بمجرد أن يطلب الطرف الشاكي ذلك، إذ تنص المادة السادسة من مذكرة التفاهم على أن: "١- يشكل الفريق إذا طلب الطرف الشاكي ذلك، في موعد لا يتجاوز اجتماع الجهاز الذي يلي الاجتماع الذي يظهر فيه الطلب لأول مرة كبند من بنود جدول أعمال الجهاز، إلا إذا قرر الجهاز في ذلك الاجتماع بتوافق الآراء عدم تشكيل فريق"، وعليه، يتعين أن يتم تكوين فريق التحكيم بمجرد طلب العضو الشاكي، ودون أن يتوقف ذلك على أي أمر آخر، صحيح أن هذا النص يشير إلى أن من سلطات جهاز تسوية المنازعات Dispute Settlement Body (DSB) التابع لمنظمة التجارة العالمية أن يقرر في الاجتماع عدم تشكيل اللجنة بتوافق الآراء على هذا، إلا أن هذا الأمر محض فرض نظري بحت إذ يتعين لحصول هذا التوافق على رفض الطلب وجود إجماع سلبي من جميع الدول الأعضاء بما فيهم الدولة العضو الشاكية، وبما يفترض أن هذه الدولة لن تنضم إلى كافة

---

(٢٤) راجع بصفة خاصة

Alan Wm. Wolff, Reflections on WTO Dispute Settlement, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp 951-958 (1998).

وبصفة خاصة في ص ٩٥٧. أيضا:

c. Christopher Parlin, WTO Dispute Settlement: Are Sufficient Resources Being Devoted to Enable the System to Function Effectively? Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 863-870 (Fall 1998).

الدول الأخرى في رفض الطلب الذي قدمته هي وبما يمنع في واقع الحال حصول أي رفض للطلب ، اللهم إلا إذا تراجعت الدولة الشاكية نفسها عن شكواها[٢٥].

لذلك ، لا يعوق تكوين اللجنة أي عائق آخر ، الأمر الذي يجعل تكوين فريق التحكيم تلقائياً ، وبما يؤكد الطابع القضائي لتسوية منازعات التجارة الدولية في ظل اتفاقيات الجات.

ومن ناحية ثانية ، فإن مذكرة التفاهم تحث على إنشاء فرق التحكيم على نحو عاجل. ولكي يتم ذلك ، فإن أمانة المنظمة تحتفظ بقائمة إرشادية للأشخاص الذين تتوفر لهم المؤهلات اللازمة للاشتراك في فرق التحكيم سواء كانوا من الأشخاص التابعين لحكومات معينة أو الأشخاص غير الحكوميين ، ويجري اختيار فرق التحكيم من هذه القائمة حسب الاقتضاء[٢٦].

كما حددت مذكرة التفاهم المدة التي يتعين خلالها تشكيل فرق التحكيم ، إذ يتكون فريق التحكيم من ثلاثة أشخاص ما لم يتفق طرفا

---

(٢٥) في معنى قريب:
Trading into the Future: WTO, The World Trade Organization...
المرجع المشار إليه ، ص ٣٩.
وراجع أيضاً ،
John Jackson, Symposium on the First Three Years of The WTO Dispute Settlement System, Introduction and Overview, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 613-617 (Fall 1998).
وبصفة خاصة ص ٦١٥.

(٢٦) المادة ١/٨ من مذكرة التفاهم ، وكذلك المادة ٤/٨ من المذكرة المذكورة. وفي مشكلة اختيار المحكمين ، راجع:
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions ....
المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٨٢٠.

النزاع خلال عشرة أيام من إنشاء فريق التحكيم ، على تكوينه من خمسة أشخاص. ويجب إعلام الأعضاء في المنظمة بتكوين الفريق دون إبطاء[٢٧]. وإذا لم يمكن التوصل إلى اتفاق على أعضاء الفريق خلال عشرين يوما من تاريخ إنشائه يقوم المدير العام ، بناء على طلب أي من الطرفين ، وبالتشاور مع رئيس الجهاز ورئيس المجلس أو اللجنة المعنية بتشكيل الفريق بتعيين من يعتبرهم الأنسب وفق القواعد والإجراءات الخاصة أو الإضافية ذات الصلة للاتفاق المشمول أو الاتفاقات المشمولة المطروحة في النزاع ، وذلك بعد التشاور مع طرفي النزاع. ويخطر رئيس الجهاز الأعضاء بتكوين فريق التحكيم بهذه الطريقة في موعد لا يتجاوز عشرة أيام بعد تسلم الرئيس للطلب[٢٨].

٤- تلقائية تبني قرارات فريق التحكيم :

تنص المادة ٤/١٦ على أن يعتمد جهاز تسوية المنازعات تقرير فريق التحكيم في اجتماع يعقده في خلال ستين يوما بعد تعميم التقرير على الأعضاء ، ويكون تبني هذا التقرير تلقائيا ، إلا إذا قام أحد أطراف النزاع بإخطار الجهاز رسميا بقراره تقديم استئناف ، أو إذا قرر الجهاز نفسه بالإجماع السلبي (بما في ذلك الدولة العضو التي صدر القرار لصالحها) عدم تبني القرار[٢٩]. وهذا حكم هام لم تقرره الاتفاقيات الدولية

---

(٢٧) المادة ٥/٨ من مذكرة التفاهم. وراجع في بعض المسائل الأخرى المتعلقة بفريق التحكيم كمسألة عدم تقديم طلب تعيين المحكمين في جلستين متعاقبين للجهاز ، راجع في هذه المشكلة وغيرها:

Terence P. Stewart and Mara M. Burr, The WTO Panel Process: An Evaluation of the First Three Years, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 709-735 (1998).

وبصفة خاصة في ص ٧١٦ ، و ص ٧٢٢.

(٢٨) المادة ٧/٨ من مذكرة التفاهم.

(٢٩) المادة ٤/١٦ من مذكرة التفاهم.

السابقة على جولة أورجواي ، والذي من شأنه تأمين تنفيذ القرار لصالح الطرف الرابح دون عرقلة أو إبطاء[٣٠].

٥- إنشاء هيئة استئنافية:

أوجبت المادة ١٧ من مذكرة التفاهم أن يقوم جهاز تسوية المنازعات بإنشاء هيئة دائمة للنظر في القضايا المستأنفة التي سبق أن بت فيها فريق التحكيم بقرار ، ولا ريب أن هذا الأمر من شأنه تعميق المفهوم نحو الاتجاه إلى تغليب السمة القانونية والقضائية على السمة الدبلوماسية لآلية تسوية المنازعات[٣١]، وتتكون هيئة الاستئناف من سبعة أشخاص يعملون بالتناوب ، بحيث يخصص ثلاثة منهم لكل قضية من القضايا[٣٢]، ويقتصر الاستئناف على المسائل القانونية الواردة في تقرير الفريق وعلى التفسيرات القانونية التي توصل إليها[٣٣]، وكما سنرى

---

(٣٠) وفي معنى قريب ، راجع:
John Jackson, Symposium on the First Three Years of The WTO Dispute Settlement System; Introduction and Overview, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 613-617 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٦١٥ .
Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round...
المقالة المشار إليها ، خاصة في ص ٤٠٢ وما بعدها ، راجع أيضا:
Judith H. Bello & Alan F. Holmer, U.S. Trade Law and Policy Series No. 21: GATT Dispute Settlement Agreement: Internationalization or Elimination of Section 301? Volume 26 The International Lawyer p. 795 (1992).

(٣١) في معنى قريب ، راجع :
John H. Jackson, Julius L. Katz, Hugo Paemen and Alan Wm. Wolf, Roundtable and Looking to The Future: Summary of Presentations, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 943-949 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٩٤٧.

(٣٢) المادة ١/١٧ من مذكرة التفاهم.

(٣٣) وتنص المادة ٦/١٧ من مذكرة التفاهم على أن:
Appellate proceedings are "limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel". =

لاحقاً ، فإن مذكرة التفاهم حددت فترة قصيرة لإتمام إجراءات الاستئناف وبحيث لا تتجاوز - كقاعدة عامة - ستين يوماً من تاريخ تقديم أحد طرفي النزاع إخطاره بقرار الاستئناف إلى التاريخ الذي تعمم فيه هيئة الاستئناف تقريرها[٣٤].

٦- السرعة في اتخاذ القرارات:

لم تتضمن الاتفاقيات الدولية السابقة على جولة أورجواي قواعد محددة للجدول الزمني Time Table الذي يتعين اتباعه لتسوية المنازعات، وبما كان يؤدي إليه ذلك من إطالة أمد الفصل فيها إلى أبعد الحدود[٣٥]. أما في ظل القواعد التي قررتها منظمة التجارة العالمية ، فإنه لا ينبغي أن تزيد الفترة التي يتم فيها إصدار قرار التسوية عن سنة واحدة ، وعلى ألا تزيد هذه الفترة عن خمسة عشر شهراً في حالة استئناف هذا القرار من جانب إحدى الدول المتنازعة[٣٦]. وهذه المدة هي

= وراجع في تفسير وشرح هذا النص:

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency......

المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة في ص ٨٢٨ وما بعدها .

(٣٤) المادة ٥/١٧ من مذكرة التفاهم .

(٣٥) في نفس المعنى ، راجع :

Trading into The Future, WTO– The World Trade Organization..

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٨.

(٣٦) المرجع السابق ، ص ٣٨ وما بعدها . ومثال السرعة التي تتسم لها آلية تسوية المنازعات أن المادة ٥/١٧ من مذكرة التفاهم قررت أنه ينبغي إقامة الاستئناف في خلال ستين يوماً على الأكثر من تاريخ تقديم أحد أطراف النزاع إخطاراً بقراره الاستئناف إلى التاريخ الذي تعمم فيه هيئة الاستئناف تقريرها . وإذا قررت هيئة الاستئناف عدم التمكن من وضع تقريرها خلال ستين يوماً ، فعليها أن تخطر جهاز تسوية المنازعات كتابة بالأسباب الداعية إلى التأخير مع تقديم الفترة المطلوبة لتقديم التقرير ، ولا يجوز في أي الأحوال أن تزيد مدة الإجراءات عن تسعين يوماً . راجع:

Richard L. Bernal, Debra P. Steger and Andrew L. Stoler, Key Procedural Issues: Resources – Comments, Volume 32 No. 3=

الحد الأعلى ، وبحيث يمكن أن تكون هذه المدة أقصر بكثير ، وحسب طبيعة المنازعة[٣٧].

٧- الشفافية Transparency :

تتميز آليات تسوية المنازعات تحت مظلة منظمة التجارة العالمية عن نظام الجات لعام ١٩٤٧ بما يعرف بالشفافية، وتعزز الشفافية عدالة ووضوح الإجراءات للأطراف المتنازعين[٣٨].

وتتجلى هذه الشفافية - في ظل نظام منظمة التجارة العالمية - منذ بداية النزاع وفي جميع مراحله وحتى الفصل فيه وتنفيذ قرار التسوية[٣٩].

فمن ناحية أولى ، يكون للأطراف المتنازعين الحق في الإطلاع على الوثائق والأوراق خلال جميع مراحل التسوية[٤٠]، فيجب أن تكون

The International Lawyer, pp. 871-881 (Fall 1998). =
وبصفة خاصة في ص ٨٧٦.

(٣٧) راجع :
Trading into The Future, WTO ....
المرجع المشار إليه سابقا ، ص ٣٨ وما بعدها.

(٣٨) أنظر :
Alan Wm. Wolf, Reflections on WTO Dispute Settlement, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp 951-958 (1998).
وبصفة خاصة ، ص ٩٥٤ وما بعدها.

(٣٩) راجع بصفة خاصة:
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 817-849 (Fall 1998).

(٤٠) Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency ....
المقالة المشار إليها سابقا ، ص ٨١٨ وما بعدها.
Warren H. Maruyama, A New Pillar of The WTO: Sound Science, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 651- 677 (1998).=

طلبات التشاور مكتوبة ويجب إشعارها إلى الجهاز D S B وذلك تطبيقاً للمادة ٤/٤ من مذكرة التفاهم. وتكون طلبات التشاور متداولة وفي متناول جميع الأعضاء للعلم بها ، وذلك عن طريق قاعدة بيانات عبر الإنترنت والتي تتضمن ملخصاً للنزاع وما ينسب إلى أحد الأطراف من خرق لالتزاماته طبقاً للاتفاقية ، وبما يسمح لجميع الأعضاء بالإطلاع على جوانب النزاع ، وهذا الأمر عكس ما كان سائداً في ظل اتفاقيات الجات لعام ١٩٤٧ حيث أنه في هذا النظام الأخير لم يكن لغير الدول الأطراف في النزاع الإطلاع على طلب التشاور ، إلا إذا رخص بذلك أطراف المنازعة[٤١]. ولكن يلاحظ أنه على الرغم من تعميم طلب التشاور على الأعضاء في المنظمة ، إلا أن عملية التشاور ذاتها تتم في إطار من السرية ، بمعنى أن الوثائق المتبادلة بين طرفي النزاع أثناء إجراء التشاور لا تكون قابلة للتوزيع على باقي الأعضاء في المنظمة ، ومثال ذلك الوثائق التي تتضمن أسئلة يوجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر وتلك التي تتضمن الإجابة عن هذه الأسئلة وأية مذكرات متبادلة بين طرفي النزاع[٤٢]. وهذا ، لا شك ، أسلوب مناسب لأن التشاور يستهدف حصر النزاع - في مراحله الأولى - في إطار الأطراف المتنازعين أنفسهم قبل عرضه على فريق التحكيم. ذلك أن نشر وتعميم الوثائق المتبادلة بين طرفي النزاع - في المراحل الأولى للنزاع - قد

= وبصفة خاصة في ص ٦٦٦ .

(٤١) المقالة السابقة ، ص ص ٨١٨-٨١٩. راجع كذلك:

Terence P. Stewart and Mara M. Burr, The WTO Panel Process: An Evaluation of The First Three Years, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 709-735 (1998).

وبصفة خاصة في ص ٧٣٣.

(٤٢) Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions......

المقالة المشار إليها ، ص ٨١٩ وما بعدها .

يكون له أثر سلبي من حيث تقويض التشاور كأساس لتسوية النزاع ، إذ قد تضرم عملية النشر نيران النزاع أكثر من تهدئته.

ومن ناحية ثانية ، وفي إطار الشفافية ، فإنه يجب إخطار الجهاز والمجالس واللجان التابعة لمنظمة التجارة العالمية بأي حلول أو تسويات يصل إليها الأطراف المتنازعون من خلال المشاورات حتى يتمكن أي عضو من أن يثير ما لديه من ملاحظات أو اعتراضات خاصة بها في هذه المجالس أو اللجان (المادة ٦/٣ من مذكرة التفاهم) ؛ ويتعين في كل الأحوال أن تكون الحلول التي توصل إليها الأطراف المتنازعون متوافقة مع قواعد التشاور المنصوص عليها في الاتفاقية وملاحقها ، ولا يجوز أن تعطل أو تلغي الحلول التي يتوصل إليها الأطراف المتنازعون خلال المشاورات بأي شكل أي مصالح تقررها الاتفاقية وملاحقها لأي عضو آخر ، وألا تعوق هذه الحلول أي من أهداف الاتفاقية (المادة ٥/٣ من مذكرة التفاهم)[٤٣].

ومن ناحية ثالثة ، فإنه في حالة عدم نجاح التشاور بين الأطراف المتنازعين والبدء في تكوين فريق التحكيم،فإن مقتضيات الشفافية التي أرستها الاتفاقية توجب توزيع وتعميم طلب التسوية لإنشاء فريق التحكيم، كما يجب على رئيس الجهاز أن يخطر جميع الأعضاء في المنظمة بتكوين وإنشاء فريق التحكيم[٤٤]. ولكن لا يتم الإعلان للأطراف المتنازعين أو لأي من الأعضاء عن هويات أعضاء فريق التحكيم. وينتقد البعض هذا الحكم الأخير لإخلاله بالشفافية[٤٥]، وهذا على أساس

---

(٤٣) المقالة السابقة ، ص ٨١٩ وما بعدها.

(٤٤) المقالة السابقة ، ص ٨٢٠ .

(٤٥) المقالة السابقة ، ص ٨٢١.

أن المادة ٢/٨ من مذكرة التفاهم تستوجب اختيار محكمين مستقلين Independent Arbitrators، ولا تتحقق الشفافية - طبقاً لهذا النص - بالشكل الكامل إلا بالإعلان عن أسماء أعضاء فريق التحكيم عند إنشائه حتى يمكن للأطراف المتنازعين التحقق من هذه الاستقلالية(٤٦).

ومن ناحية رابعة ، أحرزت اتفاقية منظمة التجارة العالمية تقدماً على اتفاقيات الجات لعام ١٩٤٧. ففي ظل هذه الاتفاقية الأخيرة ، لم يكن من المتاح أو المسموح به تعميم المذكرات التي يقدمها الأطراف المتنازعون على باقي الأعضاء؛فهذه المذكرات تقدم إلى السكرتارية لكي تقوم بدورها لتحويلها إلى فريق التحكيم. أما مذكرة التفاهم DSU ، في ظل منظمة التجارة العالمية ، فقد تضمنت حكماً مغايراً ، إذ تنص المادة ٢/١٨ من مذكرة التفاهم بأنه لا يوجد في هذه المذكرة ما يمنع أحد أطراف النزاع من الإفصاح عن أي معلومات قدمها هو إلى الفريق بتعميم يوجه إلى باقي الأعضاء في المنظمة أو الإفصاح بذلك إلى الجمهور The Public(٤٧). ومع هذا ، يجب على باقي الأعضاء أن تعامل على سبيل السرية المعلومات التي يقدمها عضو آخر إلى الفريق أو إلى جهاز الاستئناف في حالة ما إذا رأى هذا العضو أن تلك المعلومات يتعين أن تحاط بالسرية(٤٨). وعليه ، يكون من حق أي عضو (الدولة

---

(٤٦) المقالة السابقة ، ص ٨٢١.

(٤٧) المقالة السابقة ، ص ٨٢١ ؛ أيضاً :

Terence P. Stewart and Mara M. Burr, The WTO Panel Process: An Evaluation of the First Three Years ....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٢٣.

(٤٨) Whitney Debevoise, Access to Documents.......

المقالة المشار إليها ، ص ٨٢١ ، وما بعدها . وقارن :

Andrew W. Shoyer and Heather G. Forton, Performance of the System.......

المقالة المشار إليها ، ص ٧٤١.

الطرف في النزاع) الإعلان للجمهور عن تقديم النزاع إلى الفريق ، على أن هذا الإعلان يخضع لقيد عدم الإفصاح عن أي معلومات يرى أي عضو آخر أنها سرية.

كما تتطلب مذكرة التفاهم أن يقدم أي طرف في النزاع- بناء على طلب أي عضو آخر في المنظمة- ملخصاً مكتوباً للمعلومات التي أبداها في دفاعه والتي لا يمكن الكشف عنها للجمهور(٤٩).

ومن ناحية خامسة ، تظهر الشفافية خلال مرحلة الاستئناف، فتنص المادة ١٦ /٤ من مذكرة التفاهم على أن يقوم الجهاز باعتماد تقرير فريق التحكيم في أحد اجتماعاته خلال ستين يوماً بعد تعميم التقرير على الأعضاء ، ما لم يخطر أحد الأطراف المتنازعين الجهاز بتقديم استئناف أو يقرر الفريق بإجماع الآراء عدم اعتماد التقرير، وإذا أخطر أحد الأطراف الجهاز بإقامة الاستئناف ، كان على الجهاز ألا ينظر في اعتماد تقرير الفريق إلا بعد استكمال الاستئناف. وبناء على هذا ، فإن نشر وتعميم تقرير فريق التحكيم يساعد باقي الأعضاء في المنظمة على تقييم ومراجعة التقرير بينما الاستئناف ما يزال معروضاً(٥٠).

ومن ناحية سادسة ، تتأكد الشفافية عند إعمال وتنفيذ قرار الفريق، وذلك من خلال مراقبة الجهاز لذلك **DSB Surveillance** ، إذ يجوز لأي عضو في المنظمة أن يثير مسألة تنفيذ القرار بعد اعتماده من فريق التحكيم ، إذ تستلزم مذكرة التفاهم **DSU** من الدولة العضو المعنية

(٤٩) **Whitney Debevoise, Access to Documents ....**
المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٢ وما بعدها.
(٥٠) المقالة السابقة ، ص ص ٨٢٧ – ٨٢٩ .

(الطرف في المنازعة) أن تقوم بتزويد الجهاز DSB بتقرير موقف مكتوب Written Status Report عن مدى التزامها بتنفيذ و إعمال القرار ، ويتم توزيع التقرير المذكور على جميع الدول الأعضاء في المنظمة[٥١]، ويرى البعض ضرورة توزيع هذا التقرير على الأعضاء قبل اجتماع الجهاز في سبيل تحقيق مزيد من الشفافية[٥٢].

---

(٥١) المقالة السابقة ، ص ٨٢٩ وما بعدها ، راجع أيضاً .
Peter Clark and Peter Morrison, Key Procedural Issues: Transaperncy – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 851 – 861 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٨٥٨

(٥٢) Whitney Debevoise, Access to Documents ....
المقالة المشار إليها ، ص ٨٣٠

المطلب الثاني

قواعد وإجراءات تسوية المنازعات

في منظمة التجارة العالمية

أولاً- القواعد العامة

١- إنشاء جهاز تسوية المنازعات

أنشأت مذكرة التفاهم جهازاً لتسوية المنازعات التي تثور بمناسبة تطبيق اتفاقيات التجارة متعددة الأطراف الملحقة باتفاق منظمة التجارة العالمية، وهذا الجهاز يعرف بجهاز تسوية المنازعة (الجهاز Dispute Settlement Body (DSB)، والجهاز هو السلطة الوحيدة في منظمة التجارة العالمية التي تتولى إنشاء فرق تحكيم تقوم بتسوية المنازعات[٥٣]. كما يكون للجهاز سلطة البت في قبول أو رفض النتائج التي توصل إليها فريق التحكيم ؛ ويتم اتخاذ القرار في المجلس بالإجماع السلبي وبتوافق جميع آراء الأعضاء ، ويكون ذلك بعدم اعتراض أي من الأعضاء على القرار المقترح اتخاذه[٥٤]. وبعبارة أخرى ، فإن تبني

---

(٥٣) المادة ١/٢ من مذكرة التفاهم. الدكتور محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس" ، المشار إليه ، ص ٣ وما بعدها . راجع كذلك في الفقه الأجنبي :

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency ......

المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٠ . وفي إنشاء فريق التحكيم وتكوينه ، راجع :

Andrew W. Shoyer and Heather G. Forton, Performance of the System II: Panel Adjudication – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp 737-745 (Fall 1998).

وبصفة خاصة في ص ٧٣٨ وما بعدها .

(٥٤) Timothy M. Reif and John Magnus, Symposium on the First=

القرار في ظل اتفاقية منظمة التجارة العالمية يكاد يكون تلقائياً ، إذ أن الطريق الوحيد الذي يؤدي إلى عرقلة اعتماده يكون بحصول إجماع من جميع الدول الأعضاء في الجهاز على عدم الموافقة عليه ، أي بصدور رفض من جميع الدول الأعضاء بما فيهم الدولة العضو الشاكية. ومعنى ذلك ، أن لو دولة واحدة فقط لم تنضم إلى الإجماع على الرفض ، فإن القرار يتحتم اعتماده. كما يقوم المجلس باعتماد القرارات الصادرة عن الهيئة الاستئنافية ، ومراقبة إعمال وتنفيذ هذه القرارات أو الأحكام **Implementation of Decisions** (٥٥). وللجهاز أيضاً أن يتولى تنفيذ القرارات العقابية في حالة عدم انصياع أحد الأعضاء للقرار الصادر(٥٦) .

وتؤكد المادة ٢١/١ من مذكرة التفاهم أهمية الامتثال دون إبطاء لتوصيات وقرارات جهاز تسوية المنازعات باعتبار أن ذلك أمرٌ أساسي

Three Years of the WTO Dispute Settlement System–Co-= Chairs' Introduction, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 609-617 (1998)..

وبصفة خاصة في ص ٦١٥ .

(٥٥) راجع :

Timothy M. Reif and Marjorie Floresta, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under The WTO Dispute Settlement Understanding, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 755-787 (1998).

وبصفة خاصة في ص ص ٧٥٧ – ٧٥٩ .

وفي نفس المعنى :الدكتور أبو العلا أبو العلا النمر ، الحماية الوطنية للملكية الفكرية – في ظل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية جات ١٩٩٤ (دار النهضة العربية – القاهرة – بدون سنة النشر) ، ص ٩٦.

(٥٦) الفقرتين (٢) ، (٦) من المادة الثانية والعشرين من مذكرة التفاهم ، وفي مزيد من التفصيل، راجع:

Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of The Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under The WTO Dispute Settlement Understanding ....

المقالة السابقة ، ص ٧٥٩ وما بعدها .

لضمان الحلول الفعالة للمنازعات لمصلحة جميع الأعضاء[٥٧] ، كما ينبغي على الدولة العضو المعنية أن تعلم الجهاز في الاجتماع الذي يعقده في غضون ثلاثين يوما بعد تاريخ اعتماد تقرير فريق التحكيم أو هيئة الاستئناف بنواياها فيما يتصل بتنفيذ توصيات وقرارات جهاز تسوية المنازعات ، وإذا تعذر من الناحية العملية الامتثال فورا للتوصيات والقرارات ، أتيحت للدولة العضو المعنية فترة معقولة من الوقت لكي تفعل ذلك[٥٨] ، وتكون هذه الفترة المعقولة إما تلك الفترة التي تقترحها الدولة العضو المعنية بشرط أن يقرها الجهاز ؛ فإذا لم يتم إقرارها،فتكون الفترة التي يتفق عليها أطراف النزاع خلال خمسة وأربعين يوما بعد اعتماد التوصيات والقرارات ؛ فإذا لم يحصل اتفاق على ذلك ، فتكون الفترة التي يتم تحديدها بواسطة التحكيم الملزم خلال تسعين يوما من تاريخ اعتماد التوصيات والقرارات على أنه ينبغي أن يكون أحد المبادئ الجوهرية التوجيهية للحكم هو ضرورة عدم تجاوز الفترة الزمنية المعقولة من أجل تنفيذ توصيات فريق التحكيم أو هيئة الاستئناف خمسة عشر شهرا من تاريخ اعتماد تقرير الفريق أو هيئة الاستئناف ويجوز تقصير هذه الفترة أو إطالتها حسب الظروف[٥٩] ،

وفي إطار مراقبة الجهاز لتنفيذ القرارات والتوصيات ، فإنه يجوز

(٥٧) المقالة السابقة ، ص ٧٥٧ .

(٥٨) المادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم ، راجع كذلك:

Timothy Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You ....

المقالة السابقة ، ص ٧٥٨. راجع أيضا :

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions ....

المقالة المشار إليها ، خاصة في ص ٨٣٠ وما بعدها ،

(٥٩) المادة ٣/٢١ (ج) من مذكرة التفاهم ،

لأي عضو أن يثير مسألة تنفيذها متى شاء بعد اعتمادها ، وتدرج مسألة تنفيذ التوصيات والقرارات على جدول أعمال اجتماع الجهاز بعد ستة أشهر من تاريخ تحديد الفترة الزمنية المعقولة وفقاً للمادة ٣/٢١ ، وتبقى على جدول الأعمال حتى يتم حسم المسألة ، ما لم يقرر الجهاز خلاف ذلك[٦٠]. وعلى الدولة العضو المعنية أن تقوم بتزويد الجهاز بتقرير كتابي عن الحالة الراهنة مع عرض أي تقدم تم إحرازه لتنفيذ التوصية والقرارات ، وذلك قبل عشرة أيام على الأقل من اجتماع الجهاز[٦١] ، ويجب على الجهاز ، في الحالات التي تكون فيها الدولة رافعة القضية من الدول النامية ، وعند النظر فيما يمكن اتخاذه من إجراءات مناسبة ، ألا يأخذ في الاعتبار المضمون التجاري للإجراءات موضوع الشكوى فحسب ، لكن أيضاً آثارها على اقتصاديات الدول النامية الأخرى الأعضاء المعنية[٦٢] .

وتقوم أمانة الجهاز بتولي مسئولية مساعدة فرق التحكيم بوجه خاص في الجوانب القانونية والتاريخية والإجرائية للأمور المعروضة ، وتقديم العون الكتابي والفني[٦٣]. كما تقوم أمانة الجهاز بمساعدة

---

(٦٠) المادة ٦/٢١ من مذكرة التفاهم .

(٦١) المادة ٦/٢١ من مذكرة التفاهم . وراجع كذلك:
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency ....
المقالة المشار إليها ، ص ٨٣٠

(٦٢) المادة ٨/٢١ من مذكرة التفاهم .

(٦٣) المادة ١/٢٧ من مذكرة التفاهم . وفي وظيفة القسم القانوني داخل الأمانة وكيفية عمله ، راجع:
Dr. Richard L. Bernal, Debra P. Stager And Andrew Stoler, Key Procedural Issues: Resources – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 871-881 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٨٧٤ ، وما بعدها .

الأعضاء فيما يتصل بتسوية المنازعات بناء على طلب الأعضاء ، بما في ذلك تقديم المشورة والمساعدة الإضافية في مجال تسوية المنازعات للأعضاء من الدول النامية ، وذلك عن طريق خبير قانوني مؤهل من قسم التعاون الفني في منظمة التجارة العالمية يطلب من جانب أي دولة من هذه الدول النامية. ويقوم هذا الخبير القانوني بمساعدة الدولة النامية العضو بطريقة تضمن استمرار حياد الأمانة(٦٤) ، كما تتولى الأمانة عقد الدورات التدريبية للمهتمين من الأعضاء في مجال إجراءات وممارسات تسوية المنازعات لزيادة معارف الخبراء من الأعضاء في هذا المجال(٦٥) .

---

(٦٤) المادة ٢/٢٧ من مذكرة التفاهم. ويرى البعض أنه "وليس من شك أن النصيحة التي سيقدمها الخبير القانوني لسكرتارية المنظمة ستكون محدودة ومقيدة بإطار لا يمكّن الدولة النامية من الحصول على خبرة قانونية كافية في مثل هذه الحالات إذ أن تقييد تقديم المشورة باعتبارات الحياد سيحول حتماً دون تقديم مشورة تؤدي إلى كسب الدعوى ضد الدولة المتقدمة" ولذلك "يجب إنشاء وحدة مستقلة للمساعدة القانونية خارج نطاق سكرتارية المنظمة تضم عدداً من الخبراء القانونيين ولا بد من التحقق أن هذه الوحدة ستحقق دفاعاً كافياً لمصلحة دولة نامية تدعى أو يدعى عليها في منازعة سواء تكونت هذه الوحدة من مستشارين معينين أو من محامين لهم مكاتبهم الخاصة وبهذا لا يكون لأعضاء هذه الوحدة حرج في ممارستهم لواجبهم في تقديم المشورة للدولة النامية الطرف في النزاع بما يكفل فوزها في النزاع المطروح على اللجان إذا كانت صاحبة حق. وقد ييسر ذلك إقامة صندوق خاص للاستعانة بمكاتب المحامين للتوسع في تقديم هذه الاستشارات". راجع في هذا الرأي: الدكتور محمد أبو العينين ، تقييم نظام تسوية المنازعات لمنظمة التجارة العالمية من منظور الدول النامية ، بحث منشور في مجلة التحكيم التي تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، العدد رقم (٤) مايو ٢٠٠٠ ، ص ص ١٧-٢٢. وبصفة خاصة في كل من ص ١٩ ، ص ٢٠.

(٦٥) المادة ٣/٢٧ من مذكرة التفاهم. وراجع بصفة عامة في مهام السكرتارية وميزانيتها وتكوينها الهيكلي:

Trading into the Future, WTO – The World Trade Organization...

المرجع المشار إليه ، ص ص ٦٦-٦٧ . وفي المشكلات التي تعترض أمانة المنظمة ، ووظائفها ، راجع:

C. Christopher Parlin, WTO Dispute Settlement: Are Sufficient Resources Being Devoted to Enable The System to Function Effectively? Volume 32 No 3 The International Lawyer pp. 863-870 (1998).

٢- مبادئ التسوية

يتم تطبيق قواعد وإجراءات مذكرة التفاهم على المنازعات التي تحصل وفق أحكام التشاور وتسوية المنازعات الواردة في الاتفاقات المدرجة في الملحق رقم (١) وهي اتفاقية منظمة التجارة العالمية ، الاتفاقات التجارية متعددة الأطراف (الاتفاقات متعددة الأطراف بشأن التجارة في السلع ، الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات ، الاتفاق بشأن جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكية الفكرية) [٦٦] .

كما يكون تطبيق أحكام وإجراءات مذكرة التفاهم رهناً بأية قواعد وإجراءات خاصة أو إضافية بشأن تسوية المنازعات التي ترد في الاتفاقات التي يغطيها الملحق رقم (٢) من مذكرة التفاهم [٦٧] . وفي حالة وجود اختلاف بين قواعد وإجراءات مذكرة التفاهم والقواعد الخاصة أو الإضافية المدرجة في الملحق رقم (٢) ، تكون الأولوية للقواعد والإجراءات الإضافية. وفي حالة المنازعات التي تتطلب قواعد وإجراءات بموجب أكثر من اتفاق مشمول ، أو إذا تعارضت القواعد والإجراءات الخاصة للاتفاقات محل النزاع ، أو إذا أخفق طرفا النزاع في الاتفاق على القواعد والإجراءات خلال عشرين يوماً من تكوين فريق التحكيم ، كان على رئيس جهاز تسوية المنازعات أن يحدد بالتشاور مع طرفي النزاع القواعد والإجراءات الخاصة التي ينبغي إتباعها وذلك بعد عشرة أيام من تلقي طلب من أحد الطرفين ، وينبغي أن يسترشد الرئيس بالمبدأ الذي يقضي بأن تستخدم القواعد والإجراءات الخاصة أو الإضافية

=وبصفة خاصة في ص ٨٦٤ ، وما بعدها .

(٦٦) المادة ١/١ من مذكرة التفاهم.

(٦٧) المادة ٢/١ من مذكرة التفاهم.

حيثما أمكن وأن القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا التفاهم يتم إعمالها إلى الحد الضروري لتجنب النزاع[٦٨] .

ولما كان الهدف من توصيات وقرارات الجهاز هو تحقيق تسوية مرضية للأمور والمنازعات المعروضة أمامه ،فإن الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية تؤكد ضرورة تقيدها بمبادئ إدارة المنازعات المطبقة بموجب المادتين الثانية والعشرين والثالثة والعشرين من اتفاقيات الجات لعام ١٩٤٧ وبالقواعد والإجراءات المعدلة[٦٩]، ولمّا كان نظام تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية يتصف بالمركزية بما له من قدرة على توفير الأمن والقدرة على التنبؤ في نظام التجارة متعدد الأطراف ، فإن الدول الأعضاء تؤكد على أن التوصيات والقرارات التي يصدرها الجهاز لا تضيف إلى الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقات المشمولة ولا تنتقص منها، كما أن هذا النظام يحافظ على حقوق الدول الأعضاء والتزاماتها المترتبة بموجب الاتفاقات المشمولة ويوضح الأحكام القائمة في تلك الاتفاقات وفق القواعد المستقرة في تفسير القانون الدولي العام[٧٠] .

كما يهدف نظام تسوية المنازعات إلى التسوية الفورية للحالات التي يرى فيها أحد الأعضاء إجراءاً صادراً عن عضو آخر يضر بالمصالح العائدة له بصورة مباشرة أو غير مباشرة بموجب الاتفاقات

(٦٨) المادة ٢/١ من مذكرة التفاهم.

(٦٩) المادة ١/٣ من مذكرة التفاهم.

(٧٠) المادة ٢/٣ من مذكرة التفاهم، وفي التعليق على هذه الفقرة من المادة الثالثة ، راجع:
Serge Frechette, C. Michael Hathaway, and Victor Do Prado, Performance of the System III: Appellate Body – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 747-753 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٧٤٧ .

المشمولة، وهذه هي إحدى الوسائل الأساسية لتحقيق حسن سير عمل منظمة التجارة العالمية وللإبقاء على توازن سليم بين حقوق الدول الأعضاء والتزاماتها(٧١) .

ويجب أن تتوافق جميع حلول المسائل التي تطرح رسمياً استناداً إلى الأحكام المتعلقة بالتشاور وتسوية المنازعات في الاتفاقات المشمولة، بما فيها قرارات التحكيم ، مع تلك الاتفاقات ، كما لا ينبغي أن تلغى أو تعطل المصالح العائدة لأي عضو بموجب تلك الاتفاقات أو تعوق بلوغ أي هدف من أهدافها(٧٢) . ويجب إخطار الجهاز واللجان ذات الصلة في منظمة التجارة العالمية بأية حلول يتم التوصل إليها باتفاق الطرفين بشأن أي أمور تطرح رسمياً استناداً إلى أحكام التشاور وتسوية المنازعات ، ولأية دولة عضو في المنظمة أن تثير أية مسألة تتصل بها في هذه المجالس واللجان(٧٣) .

ويجب على كل عضو قبل رفع قضية ما أن ينظر بحكمة في جدوى المقاضاة وفق هذه الإجراءات، وتهدف آلية تسوية المنازعات إلى ضمان التوصل إلى حل إيجابي للنزاع ، ومقبول لطرفي النزاع ومتوافق مع الاتفاقات المشمولة، وإذا لم يتم التوصل إلى حل مرضٍ يتفق عليه طرفا النزاع ، فإن هدف آلية تسوية المنازعات يكون عادة هو ضمان سحب الإجراءات المعنية إذا ما وجد أنها تتعارض مع أحكام أي من

(٧١) المادة ٣/٣ من مذكرة التفاهم.

(٧٢) المادة ٣/٥ من مذكرة التفاهم، وراجع كذلك:

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency ......

المقالة المشار إليها ، خاصة في ص ٨١٩.

(٧٣) المادة ٣/٦ من مذكرة التفاهم، راجع : المقالة السابقة ، ص ٨١٩.

الاتفاقات المشمولة[٧٤] • ولا يجوز اللجوء إلى تقديم التعويض إلا تعذر سحب التدبير فوراً على أن يكون التعويض إجراء مؤقتاً في انتظار سحب الإجراء الذي يتعارض مع اتفاق مشمول • كما يكون للدولة العضو التي تسعى إلى تطبيق إجراءات تسوية المنازعات أن تطالب بتطبيق التنازلات أو غيرها من الالتزامات بموجب الاتفاقات المشمولة على أساس تمييزي تجاه العضو الآخر وأن يكون ذلك رهناً بترخيص الجهاز باتخاذ هذه الإجراءات[٧٥] • وفي حالة مخالفة أي من الالتزامات الواردة في أي من الاتفاقات المشمولة ، فإن هذا الوضع يفترض أن هناك خرقاً وتعطيلاً لقواعد الاتفاقيات المشمولة بما يؤدي إليه ذلك من آثار سلبية على الأعضاء الآخرين ، كما يتعين على الدولة العضو المخالف أن تبدي دفاعها وترد على المخالفات المنسوبة إليها[٧٦] •

ومن المبادئ الجوهرية التي أرستها الاتفاقية أن طلب التوفيق أو استخدام إجراءات تسوية المنازعات لا يعني في حد ذاته وجود خصومة، كما لا يجوز اعتباره خصومة ، لذا فإنه يجب على جميع الدول الأعضاء، في حالة نشوب نزاع ، أن تلجأ إلى إجراءات تسوية المنازعات بمنتهى حسن النية بهدف التوصل إلى حل لأي نزاع ، كما أنه من المفهوم أيضاً أنه لا يجوز الربط بين الشكاوي والشكاوي المضادة المتعلقة بأمور مختلفة[٧٧] •

ولا يتم تطبيق قواعد التسوية الواردة بمذكرة التفاهم إلا فيما

(٧٤) المادة ٧/٣ من مذكرة التفاهم • وراجع المقالة السابقة ، ص ص ٨٢٩ – ٨٣٠.
(٧٥) المادة ٧/٣ من مذكرة التفاهم •
(٧٦) المادة ٨/٣ من مذكرة التفاهم •
(٧٧) المادة ١٠/٣ من مذكرة التفاهم •

يخص الطلبات الجديدة لإجراء مشاورات بموجب الأحكام الخاصة بالمشاورات في الاتفاقات المشمولة التي تقدم عند نفاذ اتفاق منظمة التجارة العالمية أو بعده،أما المنازعات التي قدمت طلبات المشاورات بشأنها بموجب اتفاقية جات عام ١٩٤٧ أو بموجب أي اتفاق آخر سابق للاتفاقات المشمولة قبل بدء نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية فيستمر العمل بشأنها بالقواعد والإجراءات ذات الصلة بتسوية المنازعات التي كانت نافذة قبل بدء نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية[٧٨] .

وبالنسبة للدول النامية ، فقد نصت المادة ١٠/٤ من مذكرة التفاهم على أنه ينبغي على الأعضاء خلال المشاورات أن تولى اهتماماً خاصاً للمشاكل والمصالح الخاصة بهذه الدول ، كما كررت المادة ٢/٢١ من مذكرة التفاهم ذات الحكم. كما تضمنت المادة ٢٤ من مذكرة التفاهم قواعد خاصة بالنسبة للدول الأعضاء الأقل نمواً. إذ تنص المادة ١/٢٤ من هذه المذكرة على أنه"في جميع مراحل تحديد أسباب وإجراءات تسوية نزاع يشمل عضواً من أقل البلدان نمواً ، تولي رعاية خاصة للأعضاء من أقل البلدان نمواً ، ويمارس الأعضاء في هذا الصدد ما يجب من ضبط النفس عند إثارة أمور بموجب هذه الإجراءات تشمل عضواً من أقل البلدان نمواً. وعندما يتبين حدوث إلغاء أو تعطيل نتيجة لتدبير اتخذه عضو من أقل البلدان نمواً ، يتعين على الطرف الشاكي ضبط النفس عند طلب التعويض أو التماس الترخيص بتعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات عملاً بهذه الإجراءات "[٧٩]. كما تنص المادة

(٧٨) المادة ١١/٣ من مذكرة التفاهم.

(٧٩) راجع بصفة خاصة:

Thomas L. Brewer and Stephen Young, WTO Disputes and Developing Countries, Volume 33 No. 5 Journal of World Trade pp. 169 – 182 (1999).

٢٤ /٢ من مذكرة التفاهم على أنه "في حالات تسوية المنازعات التي تشمل عضواً من أقل البلدان نمواً أو في الحالات التي لا يمكن التوصل فيها إلى حل مرضٍ من خلال المشاورات ، فيعرض المدير العام ، أو رئيس جهاز تسوية المنازعات ، بناء على طلب من عضو من أقل البلدان نمواً مساعيه الحميدة أو التحكيم أو الوساطة لمساعدة الأطراف على تسوية النزاع ، قبل طلب تشكيل فريق تحكيم . ويجوز لأي من المدير العام أو رئيس جهاز تسوية المنازعات عند تقديم هذه المساعدة ، التشاور مع أي مصدر يعتبره أحدهما مناسباً"[٨٠] .

ثانياً ـ التشاور Consultation :

أ ـ طلب التشاور:

تضمنت مذكرة التفاهم حثاً للدول الأعضاء على اللجوء إلى التشاور كأحد الأساليب السلمية لتسوية المنازعة وهذا ما نصت عليه المادة ٤/١ من المذكرة بقولها "يؤكد الأعضاء تصميمهم على تعزيز وتحسين فعالية إجراءات التشاور التي يتم اتباعها" ، وذلك بهدف التوصل إلى حل مرضٍ Satisfactory Solution ، أو تسوية مرضية Satisfactory Adjustment [٨١]. والحقيقة إن مرحلة التشاور تبدو مجدية كأسلوب للتسوية إذ أن الإحصاءات تدل على أن حوالي ٢٠%من طلبات التشاور أدت إلى الوصول إلى تسوية بين المتنازعين بطريقة أو

---

(٨٠) راجع : الدكتور محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، البحث المشار إليه ، خاصة في ص ٥.

(٨١) راجع بصفة خاصة :
William J. Dave and Amlia Porges, Performance of The System I: Consultations & Deterrence – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 695 - 707 (1998).

بأخرى[٨٢]، وإمعاناً في تفعيل دور المشاورات ، فلقد نصت المادة ١١/٤ من مذكرة التفاهم على حق الدول الأعضاء في الانضمام إلى طلب التشاور المقدم من دولة عضو ما في شأن نزاع معين، وعليه ، فإذا كان لدولة عضو- من غير الأعضاء المتشاورين- مصلحة تجارية جوهرية في مشاورات معقودة فعلاً طبقاً للمادة ١/٢٢من اتفاقية الجات لعام ١٩٩٤ أو المادة ١/٢٢ من الاتفاق العام بشأن التجارة أو الأحكام المقابلة في الاتفاقات المشمولة الأخرى ، فإنه يجوز لهذه الدولة العضو أن تخطر الأعضاء المتشاورين والجهاز في خلال عشرة أيام من تاريخ تعميم طلب عقد المشاورات برغبتها في الانضمام إلى المشاورات[٨٣]، ويتم ضم هذه الدولة العضو إلى المشاورات إذا وافق العضو الموجه إليه هذه المشاورات **The respondant member**، على أن طلب الدولة العضو الانضمام يجب أن يقدم على أساس سليم **Well founded** ووجود مصلحة جوهرية لها في الانضمام ؛ وفي هذه الحالة يقوم الطرفان بإعلام الجهاز بذلك[٨٤]، أما في حالة رفض الانضمام إلى المشاورات ، فإن الطرف مقدم طلب الانضمام يصبح حراً في تقديم طلب عقد مشاورات بموجب المادة ١/٢٢ من اتفاقية الجات لعام ١٩٩٤ أو المادة ١/٢٢ أو ١/٢٣ من الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات أو الأحكام

---

(٨٢) المقالة السابقة ، ص ٦٩٦.

(٨٣) المادة ١١/٤ من مذكرة التفاهم، وراجع بصفة خاصة:
Gray N. Horlick, The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution: A Private Practitioner's View, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 685 – 693 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٦٨٩ وما بعدها،

(٨٤) المادة ١١/٤ من مذكرة التفاهم، راجع :
William J. Davey & Amelia Porges, Performance of The System I: Consultations & Deterrence ....
المقالة المشار إليها ، ص ص ٦٩٥ – ٦٩٧.

المقابلة في الاتفاقات الأخرى المشمولة. ويتضح من ذلك أن الدولة الموجه إليها طلب المشاورات أصلا The respondent member لها كامل السيطرة على قرار الانضمام من أعضاء آخرين ، فلها أن تقبله أو ترفضه وبما قد يفضي في الواقع إلى إساءة استخدام هذا الحق من جانب بعض الدول[٨٥].

ب ـ واجب التشاور The Duty to Consult :

إذا كان التشاور حق للدولة العضو الطالبة فهو أيضا التزام وواجب على الدولة الموجه إليها طلب التشاور . ويستند ذلك إلى نص المادة ٤/٢ من مذكرة التفاهم الذي يقضي بأن "يتعهد كل عضو بالنظر بعين العطف إلى أية طلبات يقدمها طرف آخر فيما يتعلق بإجراءات متخذة في أراضي ذلك العضو بشأن تطبيق أي اتفاق مشمول وأن يوفر الفرصة الكافية للتشاور بشأنها". ويتأسس واجب التشاور على فكرة وظيفية هي إعطاء تنبيه إلى الدولة العضو المدعى عليها بأن الدولة طالبة التشاور ستقوم باتخاذ إجراءات طلب التسوية عن طريق فريق التحكيم في خلال فترة معينة إذا لم تفلح المشاورات في الوصول إلى تسوية مناسبة. ومع ذلك فليس هناك التزام على فريق التحكيم بألا يحكم في المسألة إلا إذا تم استنفاد الوسائل السلمية لتسوية النزاع[٨٦].

ولقد قرر فريق التحكيم في سابقة هامة هي النزاع بين البرازيل والفليبين، وإذ رفضت البرازيل - باعتبارها المدعي عليها - طلب التشاور المقدم من الفليبين ، أن كل من الفقرتين ٢ ، ٦ من المادة الرابعة

---

(٨٥) المقالة السابقة ، ص ٦٩٧.

(٨٦) المقالة السابقة ، ص ٧٠٣.

من مذكرة التفاهم تقضيان بوجود واجب على عاتق الدولة المدعى عليها بالتشاور مع الدولة العضو التي طلبت ذلك[٨٧]، كما أن الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من مذكرة التفاهم تنص كذلك على أنه "يجب على الأعضاء أن تسعى خلال سير المفاوضات وفق أحكام اتفاق مشمول إلى تسوية مرضية للمسألة قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر ينص عليه هذا التفاهم"[٨٨].

جـ - كيف يحصل التشاور؟

يجب على الدولة العضو طالبة التشاور أن تقوم بإخطار الجهاز والمجالس واللجان ذات الصلة بطلبها المشاورات، ويجب تقديم طلب عقد المشاورات كتابة وتدرج فيه الأسباب الداعية للطلب بما فيها تحديد الإجراءات المعترض عليها مع ذكر وعرض الأساس القانوني

---

(٨٧) راجع قضية :

Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut, WT/ D S 22/R, 278 (October 17, 1996).

وقد جاء في هذا الحكم ما نصه :

"The Philippine's request (for a ruling on Brazil's refusal to consult) concerns a matter which this Panel views with the utmost seriousness. Compliance with the fundamental obligation of WTO Members to enter into consultations where a request is made under the DSU is vital to the operation of the dispute settlement system. Article 4.2 of the DSU... (and DSU Article 4.6) make clear that Members' duty to consult is absolute, and is not susceptible to the prior imposition of any terms and conditions by a Member".

وراجع في التعليق على الحكم :

William Dave and Amelia Porges, Performance of the System I: Consultations & Deterrence ......

المقالة المشار إليها ص ٧٠٢.

(٨٨) ويرى البعض أن المشاورات تعتبر خطوة مبدئية هامة لإنهاء النزاع ، حيث أنها تتيح للعضوين المتنازعين الفرصة لإعادة التهيؤ للخطوة التالية للتسوية، راجع:

Gary N. Horlick, The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution: A Private Practitioner's View ....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٨٥.

للشكوى[٨٩] .

وتقضي المادة ٦/٤ من مذكرة التفاهم بأن تكـــون المفاوضـــات سرية Confidential ، وهذا يعني أن جميع الوثائق المستخدمة خـلال أو أثناء عملية التشاور ، كالأسئلة والإجابات المتبادلة بين طرفي التشـــاور ، لا تصبح جزءاً من الوثائق الرسمية لمنظمة التجارة العالمية ولا يحصـل تعميم لها على الدول الأعضاء غير الأطراف في عملية التشـــاور[٩٠] . ولا ريب أن السرية من هذا المنظور تناسب طبيعة مرحلة التشاور التـي يخوضها الطرفان المتنازعان والتي يكون الهدف الأساســـي لـــها هـو السماح للطرفين بتوضيح المسائل المتصلة بموضوع الـنزاع ومحاولـة حلها بغير طريق إنشاء فريق التحكيم ، ذلك أن نشر وثائق التشاور مـن شأنه تقويض الأهداف التي تقوم عليها اتفاقية منظمة التجـــارة العالميـة التي تستهدف في المقام الأول التوصل إلى حلول سـلمية سـريعة بيـن العضوين المتنازعين[٩١] ، وينبغي في كل الأحوال ألا تخل المفاوضـات التي تجري خلال عملية التشاور بأي حق لأية دولة عضو في إجـراءات لاحقة[٩٢] .

والأصل أن تجري عملية التشاور طبقا لمـــا يـراه الأعضـاء المتشاورون مناسباً وملائماً to the convenience of the members[٩٣] .

---

(٨٩) المادة ٤/٤ من مذكرة التفاهم ، راجع كذلك:
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Transparency ....
المقالة المشار إليها ص ٨١٨.
(٩٠) المقالة السابقة ص ص ٨١٨ – ٨١٩.
(٩١) في معنى قريب : المقالة السابقة ، ص ٨١٩ .
(٩٢) المادة ٦/٤ من مذكرة التفاهم ،
(٩٣) راجع :

ومع ملاحظة ما تقضي به المادة ٣/٤ من مذكرة التفاهم من أنه إذا قدم طلب التشاور إعمالاً لاتفاق مشمول ، كان على العضو الذي يقدم إليه الطلب ، ما لم يتم الاتفاق على عكس ذلك ، أن يجيب على طلب التشاور في خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه وأن يدخل بحسن نية **in good faith** في مشاورات في فترة لا تتجاوز ثلاثين يوماً بعد تسلم الطلب، بهدف التوصل إلى حل مرض للطرفين المتنازعين. أما إذا لم يرسل العضو رده في غضون عشرة أيام من تسلمه الطلب ، أو إذا لم يدخل في المشاورات ضمن فترة لا تتجاوز ثلاثين يوماً بعد تسلم الطلب ، كان من حق العضو الذي طلب عقد المشاورات أن ينتقل مباشرة إلى طلب إنشاء فريق التحكيم[٩٤].

وإذا توصل الأعضاء- من خلال التشاور- إلى حلول مرضية ، فإنه ينبغي عليهم القيام بإخطار الجهاز **DSB** والمجالس واللجان ذات الصلة بهذه الحلول أو بأي اتفاق بين الطرفين بشأن أي مسائل تطرح رسمياً استناداً إلى أحكام التشاور وتسوية المنازعات ، كما يكون لأي عضو أن يثير أي أمر يتصل بها في هذه المجالس واللجان[٩٥] .

أما إذا أخفقت المشاورات في تحقيق تسوية نزاع ما بين العضوين المتنازعين خلال ستين يوماً بعد تاريخ تسلم طلب إجراء التشاور،فإنه يجوز للعضو الشاكي أن يطلب إنشاء فريق تحكيم ، كما يجوز للطرف الشاكي أن يطلب فريق تحكيم خلال فترة الستين يوماً إذا ما اعتبر

Gary N .Horlick , The Consultation phase of WTO Dispute = Resolution.............

المقالة المشار إليها ، ص ٦٨٩ .

(٩٤) المادة ٣/٤ من مذكرة التفاهم .

(٩٥) المادة ٤/٤ من مذكرة التفاهم .

العضوان أن المشاورات فشلت في تسوية النزاع، كما يجوز للأعضاء في الحالات المستعجلة ، بما فيها تلك الحالات المتعلقة بالسلع سريعة التلف Perishable goods ، أن تدخل في مشاورات في خلال ما لا يزيد عن عشرة أيام من تاريخ تسلم الطلب، وإذا فشلت المشاورات في تسوية النزاع خلال فترة عشرين يوما بعد تسلم الطلب ، جاز للدولة العضو الشاكي أن تطلب إنشاء فريق التحكيم[٩٦] ، وفي الحالات المستعجلة،بما فيها تلك الحالات المتعلقة بالسلع سريعة التلف ، ينبغي على طرفي النزاع وفريق التحكيم وجهاز الاستئناف بذل كل جهد ممكن من أجل التعجيل بالإجراءات إلى أقصى حد ممكن[٩٧] .

د ـ كيف يجري التشاور من الناحية العملية؟

يستغرق التشاور المعتاد Typical Consultation من ساعتين إلى ثلاث ساعات، وتعقد جلسة التشاور في إحدى غرف منظمة التجارة العالمية في بعثتها بجنيف[٩٨]، ويجرى التشاور باللغة الإنجليزية ، دون وجود مترجمين ، وبدون معاونة أي من أدوات الطباعة أو الاختزال أو غير ذلك[٩٩]، ويحضر جلسة التشاور ممثلين Delegates عن الحكومات

(٩٦) المادة ٧/٤ ، ٨/٤ من مذكرة التفاهم .

(٩٧) المادة ٩/٤ من مذكرة التفاهم .

(٩٨) راجع :

William Davey and Amelia Porges, Performance of the System I: Consultations & Deterrence .....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٠٤. والحقيقة أن المشاورات عادة ما تنعقد في جنيف ، وهذا هو الغالب، ولكن ليس هناك ما يمنع من انعقادها في بلد يتوسط العضوين المتنازعين ، أنظر:

Gray Horlick, The Consultation Phase of WTO ....

المقالة المشار إليها ، ص ٦٨٩.

(٩٩) William Davey& Amelia Porges , Performance of the System I: Consultations & Deterrence............

المقالة المشار إليها ، ص ٧٠٤

الأطراف في النزاع ، ويكون التمثيل حسب أهمية النزاع[١٠٠] ، كما يحضر الجلسة ممثلون عن الدول الأعضاء الذين ينضمون إلى التشاور طبقاً للمادة ١١/٤ من مذكرة التفاهم ، وفيما عدا ذلك تكون المشاورات خاصة ومغلقة ولا يحضرها أعضاء آخرون[١٠١].

وتتركز المشاورات على الأسئلة المكتوبة،وعادة ما يكون الهدف من هذه الأسئلة الحصول على حقائق **factual information** ، كما قد يتم توجيه الأسئلة بغرض الحصول على نسخ من القوانين المتعلقة بموضوع النزاع للدول المتشاورة أو غيرها من اللوائح أو الوثائق ، بل قد يمتد الأمر إلى التطرق إلى النظريات والمسائل القانونية[١٠٢]. على أن المشاورات قد لا تجري بصورة سلسة في بعض الأحوال وذلك عندما يحاول العضو الشاكي تقديم أسئلة مطولة معقدة لا يستهدف منها استجلاء الحقائق بقدر ما يستهدف إدانة العضو الآخر في التشاور ، مما يجعل الطرف المشكو في حقه يتهرب من الإجابات أو يقدم إجابات مبتسرة أو قاصرة[١٠٣]. ولكن في حالات كثيرة تجرى المشاورات في جو هادئ

---

(١٠٠) المقالة السابقة ، ص ٧٠٤ .

(١٠١) راجع :

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions ....

المقالة المشار إليها ص ٨٣٣ وما بعدها .

(١٠٢) راجع :

William J. Davey and Amelia Porges, Performance of the System I: Consultations & Deterrence ....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٠٤ وما بعدها . أيضا ، في نفس المعنى :

Gary Horlick, The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution ....

المقالة السابق الإشارة إليها ، ص ٦٩١.

(١٠٣) **William J. Davey and Amelia Porges, Performance of the System .....**

المقالة السابقة ، ص ٧٠٥.

بتمكين للعضو الشاكي من تقديم أسئلته وإتاحة الفرصة للعضو المشكو في حقه من الإجابة حتى بالنسبة للمسائل القانونية ، وخاصة إذا كان البادي والراجح أن النزاع سيؤول إلى فريق تحكيم فيما بعد(١٠٤).

ويظهر العمل أن هناك عدداً غير قليل من المنازعات يتم حسمها في مرحلة التشاور وخاصة إذا تم إزالة سوء التفاهم حول بعض الوقائع التي تمس جوهر النزاع. وحتى بالنسبة للمنازعات التي فشل الأعضاء في تسويتها بطريق التشاور وتم إحالتها إلى فريق التحكيم ، فإن المشاورات كان لها -رغم ذلك- أثر لا ينكر في تبادل المعلومات التي تؤدي إلى قصر النزاع على الأمور الخلافية الهامة والجدية ، وإلى سهولة عرض النزاع أمام فريق التحكيم مما يكون له أثر واضح وإيجابي في الإسراع بالتسوية(١٠٥).

ويوضح النزاع بين الهند والولايات المتحدة الأمريكية أهمية الإجابة عن التساؤلات التي يوجهها عضو إلى عضو آخر أثناء التشاور. ففي قضية **India Mail-Box** قدمت الولايات المتحدة خلال مرحلة التشاور أسئلة مكتوبة إلى الهند طلبت فيها تحديد معلومات معينة عما إذا كان هناك نظام إداري محدد **Mailbox** لاستقبال طلبات الحصول على براءات الاختراع عن الأدوية وفقاً للنظام الذي أرسته اتفاقية تريبس؟ ولقد رفضت الهند الإجابة عن هذا التساؤل(١٠٦) ، وعند تقديم

---

(١٠٤) المقالة السابقة ، ص ٧٠٥.

(١٠٥) المقالة السابقة ، ص ٧٠٥ وما بعدها ، راجع أيضاً :

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body.......

المقالة المشار إليها ، ص ص ٨٣٣ – ٨٣٤.

(١٠٦) راجع نزاع:

India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural=

النزاع إلى فريق التحكيم،أقامت الهند دفاعها على أنها تولى تنفيذ التزاماتها طبقاً لاتفاقية تريبس لاستقبال طلبات براءات الأدوية بطريق نماذج إرشادية إدارية غير منشور عنها Unpublished administrative guidance، ردت الولايات المتحدة على هذه الحجة على سند من القول بأنه حتى على فرض وجود مثل هذا النظام في الهند ، فإن ذلك في حد ذاته غير متوافق مع أحكام اتفاقية تريبس على أساس أن عدم النشر عن هذا النظام الإداري يمثل خرقاً لأحكام هذه الاتفاقية الأخيرة، وصدر الحكم من فريق التحكيم لصالح الولايات المتحدة(١٠٧).

ثالثاً - المساعي الحميدة ، التوفيق ، الوساطة ، والتحكيم:

المساعي الحميدة ، التوفيق والوساطة والتحكيم هي من الأساليب لتسوية منازعات التجارة الدولية وغيرها من المنازعات الدولية بصفة

Chemical Products, WT/ DS 50/ AB/ R 94 (December 19, 1997).=

(١٠٧) ولقد جاء في حيثيات حكم الاستئناف في هذا النزاع ما نصه:

"All parties engaged in dispute settlement under the DSU must be fully forthcoming from the very beginning both as to the claims involved in a dispute and as to the facts relating to those claims. Claims must be stated clearly. Facts must be disclosed freely. This must be so in consultations as well as in the more formal setting of panel proceedings. In fact, the demands of due process that are implicit in the DSU make this especially necessary during consultations. For the claims that are made and the facts that are established during consultations do much to shape the substance and the scope of subsequent panel proceedings. If, in the aftermath of consultations, any party believes that all the pertinent facts relating to a claim are, for any reason, not before the panel, then that party should ask the panel in that case to engage in additional fact-finding".

وراجع في التعليق على هذا النزاع وأبعاده :

Rufus H. Yerxa and Demetrios J. Marantis, Assessing the New WTO Dispute System ....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٩٩ وما بعدها،

عامة[١٠٨] .

والمساعي الحميدة Good offices هي وسيلة بمقتضاها يقوم شخص أو هيئة بالتوسط بين الأطراف المتنازعين من أجل استمرار عملية التفاوض التي يمكن أن تؤدي إلى حل النزاع[١٠٩] ، أما التوفيق Conciliation فهو عبارة عن اتفاق بين الأطراف المتنازعين على تقديم تنازلات متبادلة تؤدي إلى حل المشكلات القائمة بينهم[١١٠].

والوساطة Mediation وسيلة يتم بمقتضاها تدخل شخص من الغير كوسيط أثناء مفاوضات إنهاء المنازعة[١١١].

وتنص المادة ١/٥ من مذكرة التفاهم على أن "المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة تتخذ طواعية إذا وافق على ذلك طرفا النزاع". وعليه ، فإن اللجوء إلى هذه الوسائل أمر إرادي واختياري لأطراف النزاع. صحيح أن المادة ٦/٥ من مذكرة التفاهم تنص على أنه يجوز

---

(١٠٨) راجع بصفة عامة :
E. Nwougu, The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries (1965).
أيضاً :
J. Briely, The Law of Nations (1963).
في ص ٣٧٣ وما بعدها.
(١٠٩) أنظر:
E. Nwougu, The Legal Problems of Foreign Investment.......
خاصة في ص ٢٢٩ وما بعدها.
(١١٠) المرجع السابق ، ص ٢٢٩ وما بعدها.
(١١١) J. Briely, The Law of Nations ....
المرجع المشار إليه ، ص ٣٧٣.
وراجع كذلك:
Steve Charnovitz, Environment and Health under WTO Dispute Settlement ....
المقالة المشار إليها ، خاصة ص ٩١٧.

للمدير العام للمنظمة-بحكم وظيفته- أن يعرض هذه الوسائل السلمية بهدف مساعدة الأعضاء على تسوية منازعاتهم ، إلا أن ذلك لا يعني أن الأعضاء المتنازعين عليهم الانصياع مع عرض المدير العام للمنظمة(١١٢).

ولا يخضع اللجوء إلى هذه الوسائل السلمية ، أي المساعي الحميدة أو الوساطة أو التوفيق لأي قيود أو مواعيد، إذ يجوز لأي طرف في نزاع ما أن يطلب اللجوء إليها في أي وقت ، كما يجوز البدء فيها في أي وقت وإنهاؤها في أي حال يكون عليه النزاع(١١٣). ولا يخل إنهاء هذه الوسائل بحق الطرف الشاكي في اتخاذ إجراءات طلب إنشاء فريق التحكيم(١١٤). بل إنه يجوز مواصلة إجراءات المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في نفس الوقت الذي تجرى فيه إجراءات الفريق إذا وافق طرفا النزاع على ذلك(١١٥).

على أن الأمر يختلف في حالة البدء في التشاور،إذ تقرر المادة ٥/٤ من مذكرة التفاهم بأنه عند الشروع في المساعي الحميدة أو الوساطة في غضون ستين يوماً بعد تاريخ تسلم طلب عقد مشاورات ، فينبغي على الطرف الشاكي أن يتيح فترة ستين يوماً بعد تاريخ تسلم طلب عقد المشاورات قبل أن يطلب إنشاء فريق تحكيم. ويجوز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق التحكيم خلال ستين يوماً إذا اتفق طرفا

---

(١١٢) راجع : الدكتور محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات .... البحث المشار إليه ، ص ٨.
(١١٣) المادة ٥/٢ ، ٥/٣ من مذكرة التفاهم.
(١١٤) المادة ٥/٣ من مذكرة التفاهم.
(١١٥) المادة ٥/٥ من مذكرة التفاهم.

النزاع على أن فشل المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في تسوية النزاع[١١٦]. وبعبارة أخرى ، إذا أراد الطرف الشاكي التقدم بطلب إنشاء فريق التحكيم قبل مرور المدة المذكورة كان عليه الحصول على موافقة العضو المشكو في حقه على فشل هذه الوسائل السلمية لتسوية النزاع.

أما التحكيم **Arbitration** فهو وسيلة اتفاقية بديلة **An alternative means** لتسوية منازعات التجارة الدولية[١١٧]. ولقد أتاحت المادة ١/٢٥ من مذكرة التفاهم التحكيم كأسلوب سريع من شأنه تيسير التوصل إلى حل لبعض المنازعات للمسائل التي يحددها الأطراف المتنازعون بوضوح وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التي يتفق عليها

---

(١١٦) المادة ٥/٤ من مذكرة التفاهم.

(١١٧) راجع في التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية:

Albert Van Den Berg, The New York Arbitration Convention (1981); Asante, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, Volume 28 International and Comparative Law Quarterly p. 401 (1979); Thomas E. Carbonneau, Arbitral Adjudication: A Comparative Assessment of its Remedial and Substance Status in Transnational Commerce, Volume 19 Texas International Law Journal p. 32 (1984). De Vries, International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, Volume 57 Tulane Law Review p. 42 (1982).

وفي الفقه العربي ، راجع: الدكتور أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي (دار الفكر العربي ١٩٨١) ؛ الدكتور ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية (١٩٧٥) وبصفة خاصة ص ١٠٥ وما بعدها ، ص ١٨٩ وما بعدها ؛ الدكتور محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي – دراسة في قانون التجارة الدولية (١٩٧٣ – ١٩٧٤ مذكرات لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص – جامعة القاهرة) ؛ الدكتور محمود سمير الشرقاوي ، التطورات الحديثة في قانون التحكيم المصري – بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم – بيروت (مايو ١٩٩٩) – منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي – العدد التاسع – ص ص ٥ – ١٤ ؛ الدكتور مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية (دار النهضة العربية ١٩٩٥).

هؤلاء الأطراف[١١٨].

وعليه ، فالمقصود بالتحكيم وفقاً للمادة ٢٥ من مذكرة التفاهم التحكيم الاتفاقي الذي يرتضي الأطراف رسم قواعده وإجراءاته ؛ أما اللجوء إلى تكوين فرق التحكيم **The Panel** فهو وسيلة أخرى تم تنظيمها وفقاً لاتفاقية منظمة التجارة العالمية ولا يملك الأطراف حرية كبيرة بشأنها إذ هي آلية رسمت قواعدها وإجراءاتها مذكرة التفاهم ذاتها ، وهي الآلية التي سوف نناقشها لاحقاً في هذا المطلب.

وتقضي المادة ٢/٢٥ من مذكرة التفاهم بأنه باستثناء أي نص آخر في هذا التفاهم ، يكون اللجوء إلى التحكيم رهناً بموافقة طرفي النزاع اللذين ينبغي أن يتفقا على الإجراءات التي يرغبان في إتباعها. كما يجب على الطرفين المتنازعين إخطار جميع الأعضاء في المنظمة بأي اتفاقات على اللجوء إلى التحكيم وذلك قبل البدء الفعلي في إجراءات التحكيم بفترة كافية[١١٩]. وتحظر المادة ٣/٢٥ على الأعضاء من غير الطرفين المتنازعين أن تصبح أطرافاً في عملية التحكيم بغير موافقة هذين الطرفين اللذين ارتضيا تسوية المنازعة تحكيمياً. ويتعين أن يتفق الطرفان المتنازعان على الالتزام بقرار التحكيم[١٢٠]. كما ترسل قرارات التحكيم إلى الجهاز D S B وإلى مجلس المنظمة واللجان المعنية بها حتى يتمكن أي عضو من أن يثير ما لديه من اعتراضات أو مسائل أخرى

---

(١١٨) راجع ، الدكتور محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات ..... البحث المشار إليه ، ص ٢٩ وما بعدها.

(١١٩) المادة ٢/٢٥ من مذكرة التفاهم.

(١٢٠) المادة ٣/٢٥ من مذكرة التفاهم.

ذات صلة بهذا القرار التحكيمي[١٢١]، كما يطبق على هذا التحكيم ، مع ما يقتضيه الحال من تعديل ، الأحكام المتعلقة بمراقبة تنفيذ التوصيات والقرارات والتعويض وتعليق التنازلات المنصوص عليها في المادتين ٢١ و ٢٢ من مذكرة التفاهم[١٢٢].

رابعاً - فريق التحكيم The Panel:

أتاحت مذكرة التفاهم DSU للدول الأعضاء تقديم منازعاتهم إلى فرق تحكيم يتم تكوينها وفق آليات وإجراءات محددة ، وطبقاً لاختصاصات واضحة ، مع ضمانات تؤمن للمتنازعين السرية والحياد ، كما يكون للأعضاء المتنازعين تقديم استئناف في حالة عدم الرضاء عن قرار فريق التحكيم. وفيما يلي نعالج أهم المسائل المرتبطة بفريق التحكيم الذي يقرر المنازعة في ظل منظمة التجارة العالمية.

أ - إنشاء فريق التحكيم :

يتم تشكيل فريق التحكيم The Establishment of a Panel بناء على طلب الدولة العضو الشاكي[١٢٣] ، وينبغي أن يقدم هذا الطلب كتابة[١٢٤]. كما يجب أن يبين الطلب ما إذا كانت قد عُقِدت مشاورات قبل تقديم هذا الطلب[١٢٥]. ويتعين أن يوضح في الطلب موضوع النزاع

---

(١٢١) المادة ٣/٢٥ من مذكرة التفاهم.

(١٢٢) المادة ٤/٢٥ من مذكرة التفاهم.

(١٢٣) المادة ١/٦ من مذكرة التفاهم. راجع :

Terence P. Stewart and Mara M. Burr, The WTO Panel Process: An Evaluation of the First Three Years.......

المقالة المشار إليها ، خاصة في ص ٧٣٠.

(١٢٤) المقالة السابقة ، ص ٧٣٠.

(١٢٥) المقالة السابقة ، ص ٧٣٠.

مع ملخص موجز للأساس القانوني للشكوى لكي يكون كافياً لعرض المسألة بوضوح(١٢٦). وفي الحالات التي يطلب فيها العضو مقدم الطلب إنشاء فريق تحكيم باختصاصات تختلف عن الاختصاصات المعتادة ، فيجب أن يشتمل الطلب على الاختصاصات المقترحة(١٢٧). ويصدر القرار بتشكيل فريق التحكيم في اجتماع للجهاز يدعى إليه لهذا الغرض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الطلب مع ترك مهلة إخطار سابقة عليه مدتها عشرة أيام على الأقل(١٢٨) ، كما يلتزم الجهاز بإصدار قراره بتشكيل فريق التحكيم في موعد لا يتجاوز اجتماع الجهاز الذي يلي الاجتماع الذي يظهر فيه الطلب لأول مرة كبند من بنود جدول أعمال الجهاز ، إلا إذا قرر الجهاز في ذلك الاجتماع بتوافق الآراء عدم تشكيل هذا الفريق(١٢٩).

ب - تكوين فريق التحكيم The Constitution of a Panel :

نصت المادة الثامنة من مذكرة التفاهم على القواعد والإجراءات التي تحكم تكوين فريق التحكيم. فيجب أن يتكون فريق التحكيم من أفراد حكوميين و / أو غير حكوميين مؤهلين بما فيهم الأشخاص الذين سبق

---

(١٢٦) المقالة السابقة ، ص ٧٣٠.

(١٢٧) المقالة السابقة ، ص ص ٧٣٠ - ٧٣١.

(١٢٨) الدكتور محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس" ..... البحث المشار إليه ، ص ١٠.

(١٢٩) المادة ١/٦ من مذكرة التفاهم. ويلاحظ أن طلبات تشكيل فرق التحكيم يتم توزيعها وتعميمها على الدول الأعضاء ، ويتم إدراجها على جدول أعمال الجهاز. ومن الناحية العملية، فإن طلبات تشكيل فرق التحكيم يتم نشرها في النشرات التجارية Trade Press ، كما تظهر في مجلة منظمة التجارة العالمية - قسم تسوية المنازعات في الإنترنت. راجع:
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions ....
المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٠.

أن كانوا أعضاء في فرق تحكيم أو عرضوا قضية أمامها أو ممن عملوا كممثلين لدولة عضو ما أو لطرف متعاقد في اتفاقية جات عام ١٩٤٧ أو ممثلين في المجلس أو اللجنة لاتفاق مشمول أو لاتفاق سابق عليها أو هؤلاء الذين عملوا في أمانة المنظمة أو تدريس قانون التجارة الدولية أو سياساتها أو نشروا في ميدانها ، أو عملوا كمسئولين قياديين في ميدان السياسات التجارية لدى إحدى الدول الأعضاء[١٣٠].

وتحتفظ الأمانة بقائمة إرشادية للأشخاص الحكوميين وغير الحكوميين الذين تتوفر لديهم مؤهلات أعضاء الفريق **Panelists**، ويتم انتقاء أعضاء فريق التحكيم من هذه القائمة عند الحاجة، ويتعين أن تشمل هذه القائمة أسماء أعضاء فرق التحكيم غير الحكوميين التي وضعت في نوفمبر عام ١٩٨٤.وغيرها من اللوائح والقوائم الإرشادية الموضوعة بموجب أي من الاتفاقات المشمولة، كما تحتفظ الأمانة بأسماء الأشخاص المدرجين على هذه اللوائح والقوائم الإرشادية عند نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية، ويكون للدول الأعضاء أن تقترح بصفة دورية أسماء أفراد حكوميين لتدرج على هذه القائمة الإرشادية ، مع توفير معلومات محددة عن درايتهم بالتجارة الدولية وبقطاعات الاتفاقات المشمولة وموضوعاتها، ويتم إضافة هذه الأسماء إلى القائمة بعد موافقة الجهاز عليها ، وينبغي أن توفر القائمة ، عن كل فرد مدرج عليها ، معلومات عن مجالات عمله وخبرته الدقيقة في قطاعات الاتفاقات المشمولة وموضوعاتها[١٣١]، وتأكيداً لحيدة فريق التحكيم فقد حظرت مذكرة التفاهم أن يعين في فريق التحكيم المعني بنزاع معين مواطنون

---

(١٣٠) المادة ١/٨ من مذكرة التفاهم، المقالة السابقة ، ص ص ٨٢٠ – ٨٢١.

(١٣١) المادة ٤/٨ من مذكرة التفاهم،

من أعضاء تكون حكوماتهم أطرافاً في هذا النزاع أو من الغير وفقاً للمادة ٢/١٠ من مذكرة التفاهم ، إلا إذا حصل اتفاق بين طرفي النزاع على غير ذلك[١٣٢].

وتعرض الأمانة على طرفي النزاع أسماء الأشخاص المرشحين لعضوية الفريق. ولا يجوز لطرفي النزاع الاعتراض على هذا الترشيح إلا لأسباب ملحة Compelling reasons [١٣٣]. أما إذا لم يكن من الممكن التوصل إلى اتفاق لأسماء أعضاء الفريق خلال عشرين يوماً من إنشائه ، كان على المدير العام، بناء على طلب من أي من الطرفين، وبعد التشاور مع رئيس الجهاز ورئيس المجلس أو اللجنة المعينة، أن يقوم بتشكيل الفريق وذلك بتعيين من يعتبرهم الأنسب وفق القواعد والإجراءات الخاصة أو الإضافية ذات الصلة للاتفاق المشمول أو الاتفاقات المشمولة المطروحة في النزاع وذلك بعد التشاور مع طرفي النزاع. ويقوم رئيس الجهاز بإخطار الأعضاء بتكوين فريق التحكيم بهذه الطريقة في موعد لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ تسلم رئيس الجهاز للطلب[١٣٤]. كما منحت مذكرة التفاهم الدول النامية معاملة

---

(١٣٢) المادة ٣/٨ من مذكرة التفاهم. راجع مقالة:
Terence P. Stewart and Mara Burr, The WTO Panel Process .....
المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٧١٦. وبما يؤدي إلى استبعاد – في غالبية القضايا – ترشيح محكمين أو أعضاء فريق من دول مثل الولايات المتحدة ، دول الاتحاد الأوروبي وكندا لأن هذه الدول عادة ما تكون أطرافاً في المنازعات.

(١٣٣) المادة ٦/٨ من مذكرة التفاهم. ويجب أن يكون المرشحين من ذوي الكفاءة العالية الذين تتعدد تجاربهم وخبراتهم. راجع:
Steve Charnovitz, Environment and Health under WTO Dispute Settlement ....
المقالة المشار إليها ، ص ٩١٧ وما بعدها.

(١٣٤) المادة ٧/٨ من مذكرة التفاهم. راجع في ذلك أيضاً :
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions .... =

خاصة عند تشكيل فريق التحكيم وذلك في الحالة التي يكون فيها النزاع المطروح بين دولة عضو من البلدان النامية وعضو من البلدان المتقدمة، إذ أجازت أن يكون أحد الأعضاء على الأقل من البلدان النامية إذا طلب العضو من البلدان النامية ذلك[١٣٥]. ويتكوّن فريق التحكيم من عدد وتري أي عدد فردي ، إذ تنص المادة ٥/٨ من مذكرة التفاهم على أن يتكوّن أعضاء الفريق من ثلاثة أشخاص ما لم يتفق طرفا النزاع خلال عشرة أيام من إنشاء فريق التحكيم على أن يتكوّن من خمسة أشخاص ، ويجب إعلام الأعضاء بتكوين الفريق دون إبطاء. وفي كل الأحوال ، ينبغي أن يراعى عند اختيار فريق التحكيم ما يكفل حيدتهم واستقلالهم وتوفر تنوع كاف في معارفهم واتساع وعمق في مجال خبراتهم[١٣٦]. كما أن الدول الأعضاء ، وإن كانت تتعهد كمبدأ عام بالسماح لموظفيها بالعمل كأعضاء في فريق التحكيم ، إلا أنه يتعين على الأشخاص المختارين أعضاء في فريق التحكيم أن يمارسوا أعمالهم بصفتهم الشخصية وليس كممثلين لحكوماتهم أو ممثلين لأية منظمة من المنظمات. لهذا يتعين على الدول الأعضاء في المنظمة أن تمتنع عن إصدار التعليمات إلى أعضاء فرق التحكيم أو محاولة التأثير عليهم كأفراد فيما يتصل بالأمور المطروحة على أي فريق من فرق التحكيم[١٣٧]. وتأكيداً للحيدة الواجبة ، فإن التكاليف المالية لأعضاء فرق التحكيم بما فيها نفقات السفر والإقامة تغطي من ميزانية منظمة التجارة العالمية طبقاً للمعايير التي يعتمدها المجلس العام بناء على توصية من

= المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٠ وما بعدها.

(١٣٥) المادة ١٠/٨ من مذكرة التفاهم.

(١٣٦) المادة ٢/٨ من مذكرة التفاهم.

(١٣٧) الفقرتان الثامنة والتاسعة من المادة الثامنة من مذكرة التفاهم.

لجنة الميزانية والمالية والإدارة[١٣٨] .

جـ إجراءات فريق التحكيم :

تنص المادة ١/١٢ من مذكرة التفاهم على أن تقوم فرق التحكيم بإتباع إجراءات العمل المدرجة في الملحق رقم٣ ، إلا إذا قرر الفريق- بعد التشاور مع طرفي النزاع - اتباع قواعد أخرى[١٣٩]. وفي كل الأحوال ، ينبغي أن يحرص فريق التحكيم على توفير أكبر قدر من المرونة في الإجراءات المتبعة ضماناً لجودة التقارير ودون إخلال بالسرعة الواجبة للفصل في النزاع[١٤٠].

وحرصاً على تسوية النزاع في أسرع وقت ممكن ، فقد أوجبت مذكرة التفاهم أن يقوم أعضاء فريق التحكيم - بعد التشاور مع طرفي النزاع - إن أمكن خلال أسبوع بعد تشكيله والاتفاق على اختصاصاته- بإعداد الجدول الزمني لسير القضية المعروضة[١٤١] ؛ ومع مراعاة أنه في الحالات المستعجلة بما فيها تلك المتعلقة بالسلع سريعة التلف ينبغي على طرفي النزاع وفريق التحكيم وجهاز الاستئناف بذل كل الجهد

---

(١٣٨) المادة ١١/٨ من مذكرة التفاهم . وراجع في إمكانية اختصار واقتصاد نفقات أعضاء فرق التحكيم بطريق انتداب أو اختيار أعضاء البعثات للدول الأعضاء في جنيف ، مقالة :
Terence P. Stewart and Mara Burr, The WTO Process ....
المقالة السابقة ، ص ٧١٦ وما بعدها .
ويرى البعض أن البدلات التي تغطي نفقات أعضاء فريق التحكيم The Panelists ضعيفة للغاية ولا تساوي الجهد والعمل المبذل . فمثلاً يحصل عضو فريق التحكيم على أربعمائة دولار في اليوم الواحد لتغطية جميع نفقاته . راجع :
Charles E. Roh, John Kingery, Greg Mastel and James Southwick, Presentation Summary and Comments ....
المقالة المشار إليها ، ص ٨٨٧.
(١٣٩) المادة ١/١٢ من مذكرة التفاهم .
(١٤٠) المادة ٢/١٢ من مذكرة التفاهم .
(١٤١) المادة ٣/١٢ من مذكرة التفاهم .

الممكن للتعجيل بالإجراءات[١٤٢]. كما يتعين على فريق التحكيم- عند تحديد الجدول الزمني لسير قضية معينة - أن يحدد للأطراف المتنازعين مواعيد نهائية لتقديم مذكراتهم المكتوبة[١٤٣] ، مع إعطائهم وقتاً كافياً لإعداد تلك المذكرات ، وينبغي على هؤلاء الأطراف عندئذ الالتزام الكامل بهذه المواعيد[١٤٤].

ويتعين على كل طرف من الأطراف المتنازعين أن يودع مذكراته المكتوبة لدى الأمانة التي تتولى ، بدورها ، إحالتها فوراً إلى فريق التحكيم وإلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى في النزاع[١٤٥]. والمبدأ أن يقوم الطرف الشاكي بتقديم مذكرته الأولى قبل الطرف الآخر المشكو في حقه ، إلا إذا قرر فريق التحكيم عند تحديد الجدول الزمني للقضية وبعد التشاور مع أطراف النزاع على قيامهم بتقديم مذكراتهم الأولى في نفس الوقت[١٤٦]. وإذا كانت هناك ترتيبات تسلسلية لإيداع المذكرات الأولى ، فإن فريق التحكيم يحدد فترة زمنية قاطعة لتسلم مذكرات العضو المشكو في حقه. وتقدم بعدئذ جميع المذكرات المكتوبة في وقت واحد[١٤٧].

وإذا فشل طرفا النزاع في التوصل إلى حل مرضٍ لهما ، كان على فريق التحكيم أن يقدم خلاصة نتائجه ونتيجة أعماله في تقرير مكتوب إلى الجهاز. ويجب أن يشتمل هذا التقرير - في هذه الحالة-

(١٤٢) المادة ٩/٤ من مذكرة التفاهم.
(١٤٣) المادة ٤/١٢ من مذكرة التفاهم.
(١٤٤) المادة ٥/١٢ من مذكرة التفاهم.
(١٤٥) المادة ٦/١٢ من مذكرة التفاهم.
(١٤٦) المادة ٦/١٢ من مذكرة التفاهم.
(١٤٧) المادة ٦/١٢ من مذكرة التفاهم.

على بيان بالوقائع وبانطباق الأحكام ذات الصلة والمبررات الأساسية لكل نتيجة من النتائج وتوصيات فريق التحكيم. وعند التوصل إلى تسوية للأمر بين أطراف النزاع ، فإن التقرير يقتصر على وصف مختصر للقضية والإعلان عن التوصل إلى تسوية للأمر بين طرفي النزاع[١٤٨].

كما حددت مذكرة التفاهم الإجراءات لفريق التحكيم في حالة تعدد الشكاوي بالنسبة لذات الموضوع. إذ أجازت - في الحالات التي يطلب فيها أكثر من عضو تشكيل فريق تحكيم بخصوص أمر واحد- أن يتم تشكيل فريق تحكيم واحد لدراسة جميع هذه الشكاوي مع مراعاة حقوق جميع الأعضاء المعنية[١٤٩]. ويقوم فريق التحكيم الموحد بتقديم دراسته ويقدم خلاصة أعماله والنتائج إلى الجهاز بشكل يضمن عدم الإخلال بالحقوق التي كان يتمتع بها أطراف النزاع جميعاً فيما لو كانت نزاعاتهم قد حصل نظرها بمعرفة فرق تحكيم عديدة مستقلة ومنفصلة[١٥٠] . وينبغي إتاحة المذكرات المكتوبة التي يقدمها أي من

---

(١٤٨) المادة ٧/١٢ من مذكرة التفاهم.

(١٤٩) المادة ١/٩ من مذكرة التفاهم.

(١٥٠) المادة ٢/٩ من مذكرة التفاهم. ومثال ذلك قضية EC - Bananas والتي تضمنت خمسة أطراف شاكين وهم : هندوراس ، جواتيمالا ، المكسيك ، الإكوادور والولايات المتحدة الأمريكية. ولما كان هؤلاء الأطراف الخمسة قد تقدموا بطلب واحد لتشكيل فريق تحكيم ، فقد قام جهاز تسوية المنازعات بتشكيل فريق واحد طبقاً لهذا الطلب. ولقد طلبت EC (المجموعة الأوروبية) طبقاً للمادة ٢/٩ من مذكرة التفاهم – أن يقوم فريق التحكيم بتنظيم بحثه وتقديم استنتاجاته إلى جهاز تسوية المنازعات ، بطريقة أو بشكل يفصح عن أن الحقوق التي كان يمكن أن يتمتع بها EC فيما لو تم فحص النزاع بمعرفة أربع فرق تحكيم حتى لا يتم تعطيل حقوقه. ولقد وافق التحكيم على طلب EC وقرر إقامة أربع طلبات منفصلة. ولأن جواتيمالا وهندوراس كانتا قد أقامتا الطلب الأول مشتركين فإن تقريراً واحداً يصدر بخصوص طلبهما. وعلى الرغم من أن الأطراف الشاكين اعترفوا بحق EC في تقارير منفصلة في ظل المادة التاسعة من مذكرة التفاهم ، فإنهم اختلفوا في اعتبار أن إصدار تقارير منفصلة أمر ضروري لحماية الحقوق التي كان يمكن أن تتمتع بها لو كانت هناك إجراءات منفصلة. كما ادعت EC أنه لما كان الأطراف الشاكين على اختلاف كبير في مواقفهم القانونية ، ولأن الولايات المتحدة لم =

الأطراف الأخرى في الشكوى ، ولكل من الأطراف الحق في الحضور عند تقديم وجهات نظر الأعضاء الشاكين الآخرين أمام الفريق[١٥١] .
وإذا تم تشكيل أكثر من فريق تحكيم للنظر في الشكاوي المتصلة بذات الموضوع ، فإنه ينبغي في هذه الحالات-وبقدر الإمكان- أن يكون نفس الأشخاص أعضاء في كل فرق التحكيم المنفصلة التي تنظر الموضوع في هذه الشكاوي ، وأن تتفق مواعيد جلسات النظر فيها[١٥٢] .

كما أكدت مذكرة التفاهم على الإجراءات التي يتعين اتباعها للمحافظة على حقوق الغير من الأعضاء الذين لا يعتبرون طرفا في النزاع، إذ نصت المادة ١/١٠ من مذكرة التفاهم على أن يأخذ فريق التحكيم في اعتباره بطريقة كاملة مصالح طرفي النزاع ومصالح أي من الأعضاء الآخرين وفق اتفاق مشمول ذي صلة بالنزاع[١٥٣]، وإذا توفرت لأي عضو من غير أطراف النزاع مصلحة جوهرية **Substantial interest** في أي أمر معروض على فريق التحكيم ، فإنه يجب أن يتاح لهذا العضو- إذا ما أخطر الجهاز بمصلحته الجوهرية- فرصة لإبداء ما يراه وأن يتكلم في الموضوع وأن يقدم مذكرات مكتوبة بصدده، كما يتعين إعطاء نسخة من هذه المذكرات إلى أطراف النزاع ،

=تكن لها مصلحة قانونية في النزاع ، فإن الحصول على تقارير منفصلة كان يبدو أمرا ضروريا ، ومع ذلك يبدو أن مسألة إصدار تقارير منفصلة حين يتعدد الشاكون بصدد موضوع واحد لا مبرر لها لما يؤدي إليه من ضياع الوقت والجهد بسبب إصدار عدة تقارير لنفس تقرير الفريق .
راجع:
Terence P. Stewart and Mara Burr, The WTO Panel Process......
المقالة المشار إليها ، ص ٧٢٩ وما بعدها .

(١٥١) المادة ٢/٩ من مذكرة التفاهم .

(١٥٢) المادة ٣/٩ من مذكرة التفاهم .

(١٥٣) في نفس المعنى: الدكتور محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية .... المقالة المشار إليها سابقا ، ص ١٣.

ويجب على فريق التحكيم أن يشير إليها في تقريره [١٥٤]، كما يتعين أن تتاح لهذا العضو المذكرات المقدمة من أطراف النزاع وذلك في الجلسة الأولى لفريق التحكيم[١٥٥]، كما يجوز لأي عضو من غير أطراف النزاع أن يلجأ إلى الإجراءات العادية لتسوية النزاع وفق مذكرة التفاهم إذا رأى هذا العضو أن أي تدبير ما محل إجراءات في فريق التحكيم من شأنه أن يلغي أو يعطل مصلحة مقررة له بموجب أي من الاتفاقات المشمولة ؛ وفي هذه الحالة يتم إحالة النزاع الإضافي إلى فريق التحكيم الأصلي الذي ينظر المنازعة بين الطرفين[١٥٦] .

ويكون لكل فريق تحكيم الحق في طلب الحصول على المعلومات والمشورة الفنية من أي فرد أو هيئة كما يرى ذلك مناسباً، ولكن في هذه الحالة- يجب على الفريق أن يقوم بإعلام الدولة العضو مسبقاً بذلك إذا كان هذا الفرد أو الهيئة التي يرجى الحصول منها على المعلومات أو المشورة ضمن ولاية هذا العضو[١٥٧]، ويجب على الدولة العضو إذا ما أعلمت بذلك الأمر أن تستجيب كلياً وبدون أي إبطاء لهذا الطلب، ولا يجوز إفشاء المعلومات السرية إلا بترخيص رسمي من الشخص أو الهيئة أو سلطات الدولة العضو الذي قدم تلك المعلومات[١٥٨]، ويكون لفريق التحكيم أن يلتمس المعلومات من أي مصدر آخر ذي صلة ، وله أيضاً أن يأخذ رأي الخبراء في بعض جوانب الموضوع محل المنازعة المطروح أمامه. كما يكون لفريق التحكيم ، في المنازعات المتعلقة

---

(١٥٤) المادة ٢/١٠ من مذكرة التفاهم.
(١٥٥) المادة ٣/١٠ من مذكرة التفاهم.
(١٥٦) المادة ٤/١٠ من مذكرة التفاهم.
(١٥٧) المادة ١/١٣ من مذكرة التفاهم.
(١٥٨) المادة ١/١٣ من مذكرة التفاهم.

بالأمور العلمية أو الفنية التي يثيرها أحد أطراف النزاع ، أن يطلب تقريراً استشاريا مكتوباً يقدمه مجموعه من الخبراء الاستشاريين وفق القواعد والإجراءات الواردة في الملحق رقم(٤)[١٥٩].

وتكون مداولات فريق التحكيم سرية **Confidential** [١٦٠]، كما يضع فريق التحكيم تقريره في ضوء المعلومات والبيانات المقدمة إليه،ودون حضور أطراف النزاع[١٦١]، ويتم إدراج الآراء التي يعبر عنها أعضاء الفريق في التقرير التحكيمي دون ذكر لأسماء هؤلاء الأعضاء[١٦٢].

د - وظيفة واختصاصات فريق التحكيم:

المهمة الأساسية لفريق التحكيم هي مساعدة جهاز تسوية المنازعات على الاضطلاع بمسئولياته بموجب مذكرة التفاهم والاتفاقات المشمولة بها، وفي سبيل هذه المهمة ، فإنه يجب على فريق التحكيم أن يضع تقييماً موضوعياً للأمور المطروحة عليه ، بما في ذلك وقائع النزاع ومدى انطباق الاتفاقات المشمولة عليه ، وكذلك التوصل إلى أي نتائج أخرى من شأنها مساعدة الجهاز على تقديم التوصيات أو اقتراح الحلول طبقاً للاتفاقات المشمولة، وفي جميع الحالات ، ينبغي على فريق التحكيم أن يقوم بالتشاور مع طرفي النزاع وأن يوفر لهما الفرصة

---

(١٥٩) المادة ٢/١٣ من مذكرة التفاهم.
(١٦٠) المادة ١/١٤ من مذكرة التفاهم. راجع:
Whitney Debevoise, Access to Documents ....
المقالة السابق الإشارة إليها ، ص ٨٤١.
(١٦١) المادة ٢/١٤ من مذكرة التفاهم.
(١٦٢) المادة ٣/١٤ من مذكرة التفاهم.

الكافية للتوصل إلى حل مرضٍ للطرفين[١٦٣].

ويكون لفريق التحكيم ،ما لم يتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك خلال عشرين يوماً من تشكيله ، أن يفحص- على ضوء الأحكام ذات الصلة في الاتفاق المشمول الذي يستند إليه طرفا النزاع- الموضوع الذي قدمه الطرف الشاكي إلى جهاز تسوية النزاع ، وأن يتوصل إلى نتائج من شأنها مساعدة الجهاز على تقديم التوصيات أو اقتراح الأحكام المنصوص في الاتفاق المشمول[١٦٤]، كما يكون على فريق التحكيم أن يناقش الأحكام ذات الصلة في أي اتفاق أو اتفاقات يذكرها طرفا النزاع[١٦٥] ، كما يجوز تفويض رئيس جهاز تسوية المنازعات- عند تشكيل فريق التحكيم- أن يضع الاختصاصات المنوطة بالفريق،وذلك بعد التشاور مع طرفي النزاع. ويتم تعميم الاختصاصات التي توضع بهذه الطريقة على جميع الأعضاء. وإذا تم الاتفاق على اختصاصات أخرى للفريق غير تلك الاختصاصات المعتادة له،كان لأي عضو أن يثير أي مسألة أو اعتراض يتعلق بهذا الخصوص لدى الجهاز[١٦٦] .

هـ - تقرير فريق التحكيم :

كما ذكرنا آنفاً ، فإن وظيفة فريق التحكيم هي مساعدة جهاز تسوية المنازعات على القيام بمسئولياته ؛ وعليه ، يكتفي أن يقدم الفريق

---

(١٦٣) المادة ١١ من مذكرة التفاهم. راجع كذلك:
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions...........
المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٤ .

(١٦٤) المادة ١/٧ من مذكرة التفاهم .

(١٦٥) المادة ٢/٧ من مذكرة التفاهم .

(١٦٦) المادة ٣/٧ من مذكرة التفاهم .

تقييما موضوعيا للنزاع ووقائعه ومدى انطباق واحد من الاتفاقات المشمولة ، وذلك بعد التشاور مع طرفي النزاع. فإذا تم التوصل إلى تسوية الأمر بين الطرفين،اقتصر التقرير الذي يقدمه الفريق إلى الجهاز على وصف مختصر للنزاع والإعلان عن التوصل إلى الحل[١٦٧]. أما إذا لم يتوصل الفريق إلى تسوية ما مرضية للطرفين ، وجب على الفريق أن يقدم تقريرا مكتوبا للنتائج التي خلص إليها ومبررات هذه النتائج والتوصيات التي يراها مناسبة[١٦٨] .

ويضع فريق التحكيم تقريره على مراحل تبدأ بإعداد مسودة بعد النظر في دفاع الطرفين ثم ترسل هذه المسودة إلى طرفي النزاع لإبداء تعليقاتهما خلال فترة معينة يحددها الفريق[١٦٩]. وعند إنتهاء المدة المحددة لتسلم التعليقات من طرفي النزاع يصدر الفريق تقريرا مؤقتا **interim report** يقدم للطرفين. ويشتمل هذا التقرير على الأجزاء الوصفية مثل الوقائع والحجج ، كما يشتمل على استنتاجات الفريق والنتائج التي توصل إليها على السواء ويجوز لأي من الأطراف ، ضمن مدة يحددها الفريق ، أن يتقدم بطلب كتابي يلتمس فيه من الفريق إعادة النظر في جوانب معينة من التقرير المؤقت قبل تعميم التقرير النهائي على الأعضاء. وبناء على هذا الطلب ، يعقد الفريق اجتماعا إضافيا مع الطرفين المتنازعين بشأن المسائل الواردة في الطلب المكتوب. وإذا لم ترد أي تعليقات من أحد الطرفين خلال الفترة المحددة للتعليقات ، يعتبر

---

(١٦٧) المادة ١١ من مذكرة التفاهم ،وكذلك المادة ٧/١٢ من ذات المذكرة .

(١٦٨) المادة ٧/١٢ من مذكرة التفاهم.

(١٦٩) المادة ١/١٥ من مذكرة التفاهم. راجع أيضا: الدكتور محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية .... ، البحث المشار إليه ، ص ١٧. كذلك:

Trading into the Future, WTO ....

- المرجع المشار إليه ، ص ٤٠.

التقرير المؤقت بمثابة تقرير نهائي ويتم تعميمه دون إبطاء على الأعضاء[١٧٠]، وتشمل نتائج التقرير النهائي للفريق **Final panel report** مناقشة الحجج والأسانيد المقدمة في مرحلة المراجعة المؤقتة وذلك في حدود الفترة الزمنية المحددة في المادة ٨/١٢ من مذكرة التفاهم[١٧١].

وبعد صدور القرار النهائي من الفريق ، فإنه ينبغي اعتماده من جهاز تسوية المنازعة، ولا ينظر الجهاز في اعتماد التقرير **Adoption of panel report** قبل مرور عشرين يوما على تعميمه على الأعضاء وذلك لتوفير الوقت الكافي للأعضاء لدراسة تقرير التحكيم[١٧٢]، ويكون للأعضاء أن يقدموا ما قد يكون لديهم من اعتراضات على تقرير الفريق مؤيدة بأسباب مكتوبة شارحة ، ويتم تعميم هذه الاعتراضات قبل ما لا يقل عن عشرة أيام من اجتماع الجهاز الذي سينظر خلاله التقرير[١٧٣]. ويكون لأطراف النزاع الحق في الاشتراك الكامل في الدراسة التي يقوم بها الجهاز لتقرير الفريق ، ويتعين تسجيل وجهات نظر الأطراف المتنازعين بشكل كامل[١٧٤]، ويعتمد الجهاز تقرير الفريق في أحد

---

(١٧٠) المادة ٢/١٥ من مذكرة التفاهم،
راجع:
Trading into the Future, WTO............
المرجع السابق ، ص ٤٠. أيضا :
Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body.........
المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٦.
(١٧١) المادة ٣/١٥ من مذكرة التفاهم،
(١٧٢) المادة ١/١٦ من مذكرة التفاهم، راجع:
Whitney Debevoise, Access to Documents.......
المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٦.
(١٧٣) المادة ٢/١٦ من مذكرة التفاهم، المقالة السابقة ، ص ٨٢٦.
(١٧٤) المادة ٣/١٦ من مذكرة التفاهم،

اجتماعاته خلال ستين يوما بعد تاريخ تعميم التقرير على الأعضاء ، ما لم يخطر أحد الأطراف الجهاز بقراره تقديم استئناف ، أو إذا قرر الفريق بتوافق الآراء عدم اعتماد التقرير[١٧٥]. وإذا أخطر أحد الأطراف الجهاز بقراره تقديم استئناف ، فلا ينظر الجهاز في اعتماد تقرير الفريق إلا بعد البت في الاستئناف. وفي كل الأحوال ، لا تخل إجراءات اعتماد التقرير بحق أي عضو في التعبير عن آرائه بشأن تقرير فريق التحكيم[١٧٦].

و - مدة عمل فريق التحكيم :

وضعت مذكرة التفاهم مواعيد قصيرة ومحددة لإنجاز المهام المنوطة بفريق التحكيم ، وبحيث لا تتجاوز مدة عمل الفريق حدا زمنيا يحسب من تاريخ الاتفاق على تشكيله وتحديد اختصاصاته وحتى إصدار تقريره النهائي. والقاعدة العامة هي أنه يجب ألا تتجاوز المدة التي يجري فيها الفريق دراسته ، محسوبة من تاريخ الاتفاق على تشكيله وتحديد اختصاصاته إلى تاريخ تقريره النهائي لطرفي النزاع ، فترة ستة أشهر ؛ ما عدا الحالات المستعجلة بما فيها تلك الحالات المتعلقة بالسلع سريعة التلف فتكون الفترة هي ثلاثة أشهر على الأكثر[١٧٧]. والحقيقة إن تقصير مدة عمل الفريق على هذا النحو يستهدف بالدرجة الأولى زيادة كفاءة الإجراءات[١٧٨].

---

(١٧٥) المادة ٤/١٦ من مذكرة التفاهم. راجع:
Trading into the Future, WTO ....
المرجع المشار إليه سابقا ، ص ٤٠.
(١٧٦) المادة ٤/١٦ من مذكرة التفاهم.
(١٧٧) المادة ٨/١٢ من مذكرة التفاهم. راجع :
Trading into the Future, WTO ....
المرجع المشار إليه سابقا ، ص ٤١.
(١٧٨) راجع بيان للمنازعات التي تم تقديم التقارير فيها خلال المواعيد المنصوص عليها: =

أما إذا رأى فريق التحكيم أنه لا يستطيع إصدار تقريره خلال ستة أشهر أو خلال ثلاثة أشهر في حالات الاستعجال ، وجب عليه إعلام جهاز تسوية المنازعات كتابة بأسباب التأخير ، كما وجب عليه تقدير المدة المطلوبة لإصدار التقرير . وفي كل الأحوال ، لا يجوز أن يتجاوز الحد الزمني الأقصى بين إنشاء فريق التحكيم وتعميم التقرير على الأعضاء فترة تسعة أشهر(١٧٩).

ومع ذلك يجوز لفريق التحكيم - بناء على طلب الطرف الشاكي - أن يعلق عمله في أي وقت لمدة لا تزيد عن اثني عشر شهر وفي هذه الحالة تمدد الفترات المحددة أصلا لتعميم التقرير وبما يعادل فترة التعليق . وعلى أي الأحوال ، تنقضي سلطة فريق التحكيم إذا تجاوزت الفترة التي يتم فيها تعليق عمله عن اثني عشر شهرا(١٨٠).

Terence P. Stewart and Mara M. Burr, The WTO Panel Process: An Evaluation of the First Three Years .... =

المقالة المشار إليها ، ص ٧١٩ وما بعدها .

(١٧٩) المادة ٩/١٢ من مذكرة التفاهم . ومع ملاحظة أن المادة ١٠/١٢ من المذكرة تنص على أنه "يجوز في سياق المشاورات المتعلقة بإجراء متخذ من عضو من البلدان النامية ، أن يتفق الطرفان على تمديد الفترات المحددة في الفقرات ٧ و ٨ من المادة ٤ وإذا لم يتمكن الطرفان المتشاوران ، بنهاية الفترة المعينة ، من الاتفاق على انتهاء المفاوضات قام رئيس الجهاز بالبت ، بعد التشاور مع الطرفين ، في تمديد الفترة أو عدم تمديدها وفي حالة التمديد ، يحدد هو المدة ، وعند النظر في شكوى ضد عضو من البلدان النامية ، يوفر العضو ، إضافة إلى هذا ، الوقت الكافي للعضو من البلدان النامية لإعداد دفاعه وتقديمه ، ولا تتأثر أحكام الفقرة ١ من المادة ٢٠ والفقرة ٤ من المادة ٢١ بأي إجراء عملا بهذه الفقرة". كما تنص المادة ١١/١٢ على أنه "عندما يكون أحد أطراف النزاع أو أكثر عضوا من البلدان النامية ، يشير تقرير الفريق صراحة إلى الشكل الذي جرت فيه مراعاة الأحكام ذات الصلة بالمعاملة التفاضلية والأكثر رعاية للأعضاء من البلدان النامية التي تشكل جزءا من الاتفاقات المشمولة التي أثارها العضو من البلدان النامية خلال إجراءات تسوية النزاع".

(١٨٠) المادة ١٢/١٢ من مذكرة التفاهم . راجع:

Richard Bernal, Debra P. Stiger, and Andrew L. Stoler, Key Procedural Issues: Resources – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 871 – 881 (1998). =

خامسا - المراجعة بطريق الاستئناف Review by the Appellate Body:

أ - تكوين هيئة الاستئناف الدائمة :

بموجب نص المادة ١/١٧ من مذكرة التفاهم أنشأ جهاز تســـوية المنازعات هيئة دائمة للاستئناف A permanent Appellate Body،

والمهمة الأساسية لهيئة الاستئناف هي النظـــر فـــي القـــرارات المستأنفة من فرق التحكيم(١٨١)، ويقتصر اختصاص هيئـــة الاســـتئناف على النظر في المسائل القانونية الواردة فـــي تقريـــر الفريـــق وعلـــى التفسيرات القانونية التي توصل إليها، ويكون لهيئة الاستئناف أن تقـــر أو تعدل أو تنقض (تلغي) قرار فريق التحكيـــم أو النتـــائج التـــي توصـــل إليها(١٨٢)، ويتعين أن تذكر في قرار هيئة الاستئناف جميع الآراء التـــي تم ذكرها أو عبر عنها أعضاء هذه الهيئة ولكن دون ذكر الأسماء(١٨٣)،

= وبصفة خاصة في ص ٨٧٥. أيضا :

Trading into the Future, WTO ....

المرجع المشار إليه، ص ٤٠.

(١٨١) راجع :

Andrew W. Shoyer and Heather G. Forton, Performance of the System II: Panel Adjudication – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 737 – (1998).

وبصفة خاصة في ص ٧٣٩. ويذهب البعض أن إتاحة الاستئناف في إطار اتفاقية منظمة التجارة العالمية من شأنه الإبطاء في التوصل إلى قرار نهائي لتسوية المنازعات ؛ راجع:

Serge Frechette, C. Michael Hathway and Victor Do Prado, Performance of the System III: Appellate Body – Comments, Volume 38 No. 3 The International Lawyer pp. 747 – 753 (1998).

وبصفة خاصة في ص ٧٥٠.

(١٨٢) المادة ٦/١٧ من مذكرة التفاهم، راجع :

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions ......

المقالة المشار إليها، ص ٨٢٨.

(١٨٣) المادة ١١/١٧ من مذكرة التفاهم، ومن المنازعات الحديثة التي أثيرت فيها مسائل متعلقة=

وتتكون هيئة الاستئناف من سبعة أشخاص يخصص ثلاثة منهم لكل قضية من القضايا ويعمل أعضاء هيئة الاستئناف بالتناوب طبقا لما تحدده إجراءات العمل بهذه الهيئة. كما يعين جهاز تسوية المنازعات أعضاء هيئة الاستئناف لفترة أربع سنوات ، كما يجوز إعادة تعيين أي منهم لفترة أخرى لمرة واحدة. ومع ذلك فإن مدة خدمة ثلاثة من الأشخاص السبعة الذين يعينون فور نفاذ اتفاق منظمة التجارة العالمية تنتهي بمرور عامين على تعيينهم ويختار هؤلاء بالقرعة وعلى أن يتم شغل العضو المعين للمدة المتبقية من مدة سلفه(١٨٤).

ويشترط في من يعين في هيئة الاستئناف أن يكون من الأشخاص المشهود لهم بالمكانة الرفيعة والخبرة الراسخة في مجال القانون والتجارة الدولية وموضوع الاتفاقات المشمولة بصفة عامة. كما يجب ألا يكون

=بالقانون أمام هيئة الاستئناف تلك المنازعة بين كندا والولايات المتحدة الأمريكية حول مدة حماية براءات الاختراع **Term of patent protection** . ففي هذه المنازعة تعلق الأمر بتفسير بعض مواد قانون البراءات الكندي ومدى توافقها مع نص المادة ٣٣ والمادة ٧٠ من اتفاقية تريبس. فقد كان فريق التحكيم قرر أن مدة براءة الاختراع المنصوص عليها في القانون الكندي مخالفة ومتعارضة مع التزامات كندا طبقا للمادتين ٣٣ و ٧٠ من اتفاقية تريبس. والمسألة محل النزاع هي ما نصت عليه المادة ٤٥ من القانون الكندي والذي يمنح البراءات قبل ١٩٨٩/١٠/١ مدة حماية سبعة عشر عاما من تاريخ الحصول على البراءة ، أما البراءات التي يتم الحصول عليها بعد هذا التاريخ فتتمتع بحماية مدتها عشرين عاما من وقت التقدم بطلب البراءة. وبذلك أقام القانون الكندي تفرقة بغير سند بين طائفتين من براءات الاختراع من حيث مدة الحماية. ولقد أيدت هيئة الاستئناف قرار فريق التحكيم من أن المادة ٤٥ من قانون براءات الاختراع الكندي غير متوافقة مع التزامات كندا طبقا لاتفاقية تريبس ووجوب تعديلها. راجع قرار هيئة الاستئناف في هذه المنازعة:

Canada- Term of patent protection, AB– 2000-7: WT/DS/70/AB/R 18 September 2000.

منشور في:

Volume 12 No. 6 World Trade and Arbitration Materials pp. 5–30 (November 2000).

(١٨٤) الفقرتان ١ ، ٢ من المادة ١٧ من مذكرة التفاهم.

الشخص المعين تابعا لأية حكومة من الحكومات[١٨٥]. وفي نفس الوقت يجب أن تعكس عضوية هيئة الاستئناف إلى حد كبير عضوية منظمة التجارة العالمية في اتساع تمثيلها. وينبغي على جميع الأشخاص الذي يشغلون عضوية الهيئة الاستئنافية أن يكونوا جاهزين للعمل في كل وقت بناء على إخطار مستعجل ، وأن يتابعوا أنشطة تسوية المنازعات وغيرها من أنشطة منظمة التجارة العالمية ذات الصلة ، وألا يشاركوا في نظر أية منازعة يمكن أن تخلق تضاربا مباشرا أو غير مباشر في المصالح[١٨٦].

ب - إجراءات الاستئناف :

لا يجوز قبول الاستئناف إلا من أحد أطراف النزاع. أما الأعضاء من غير أطراف النزاع (الغير) **Third Parties** والذين أخطروا جهاز تسوية المنازعات بمصلحتهم الجوهرية في الموضوع استنادا إلى المادة ٢/١٠ من مذكرة التفاهم فلا يكون لهم إلا تقديم مذكرات كتابية إلى هيئة الاستئناف أو أن يمنحوا فرصة التحدث أمامها[١٨٧].

وضمانا لفعالية إجراءات الاستئناف وضعت مذكرة التفاهم حدا أقصى للمدة التي لا يجوز أن تتجاوزها فترة الاستئناف وهي ستون يوما، كقاعدة عامة ، تبدأ من تاريخ تقديم أحد أطراف النزاع الإخطار

---

(١٨٥) المادة ٣/١٧ من مذكرة التفاهم.

(١٨٦) المادة ٣/١٧ من مذكرة التفاهم. راجع :

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body ....

المقالة المشار إليها ، ص ٨٢٨.

(١٨٧) المادة ٤/١٧ من مذكرة التفاهم.

بقراره الاستئناف حتى التاريخ الذي تعمم فيه هيئة الاستئناف تقريرها ، وإذا قرر جهاز الاستئناف أنه لن يتمكن من تقديم تقريره في خلال مدة الستين يوماً المذكورة ، كان عليه إعلام جهاز تسوية المنازعات كتابة بالأسباب التي دعت إلى التأخير مع تقدير الفترة الإضافية المطلوبة لتقديم التقرير ؛ ولكن يتعين ألا يزيد إجمالي المدة عن تسعين يوماً وذلك في جميع الأحوال[١٨٨].

وتضع هيئة الاستئناف إجراءات العمل بها بالتشاور مع رئيس جهاز تسوية المنازعات والمدير العام وترسل إلى الأعضاء للعلم بها[١٨٩]، وتتميز إجراءات العمل في الهيئة بالسرية ، وتقدم تقاريرها في ضوء المعلومات والبيانات المقدمة ودون حضور أطراف النزاع[١٩٠]، ولا يجوز إجراء أي اتصالات من طرف واحد مع هيئة الاستئناف بخصوص الأمور التي تنظرها ، على أن المذكرات المكتوبة المقدمة إلى هيئة الاستئناف ، وإن كانت تعامل بسرية بالنسبة لغير أطراف النزاع ، إلا أنه يجب أن تتاح لطرفي النزاع فرصة الإطلاع عليها ، ومع ذلك يجوز لأي من طرفي النزاع أن يكشف عن مواقفه للجمهور ، وينبغي على الأعضاء أن تعامل على سبيل السرية المعلومات التي يقدمها عضو آخر إلى هيئة الاستئناف ، ويرى هذا العضو أنها سرية ، وعلى أي طرف من أطراف النزاع أن يقدم بناء على طلب عضو ، ملخصاً غير سري للمعلومات الواردة في دفاعه المكتوب والتي لا يمكن كشفها

---

(١٨٨) المادة ٥/١٧ من مذكرة التفاهم ، راجع كذلك :
Trading into the Future, WTO ....
المرجع المشار إليه ، ص ٤٠.
(١٨٩) المادة ٩/١٧ من مذكرة التفاهم.
(١٩٠) المادة ١٠/١٧ من مذكرة التفاهم.

للجمهور[١٩١].

جـ - توصيات هيئة الاستئناف :

إذا وجدت هيئة الاستئناف أن هناك إجراء ما يتعارض مع أحد الاتفاقات المشمولة، فإنها توصي بأن يقوم العضو المعني بتعديل هذا الإجراء بما يتوافق مع الاتفاق الحالي ، كما يجوز لهيئة الاستئناف أن تقترح إلى جانب ذلك السبل التي يستطيع من خلالها العضو المعني تنفيذ تلك التوصيات. ومع ذلك ، فلا يجوز لهيئة الاستئناف وهي تستخلص استنتاجاتها أو تضع توصياتها أن تضيف إلى الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقات المشمولة ولا أن تنتقص منها[١٩٢].

ويقوم جهاز تسوية المنازعات باعتماد تقارير هيئة الاستئناف والتي يتعين أن تقبلها أطراف النزاع دون شروط ، ما لم يقرر هذا الجهاز بتوافق الآراء Consensus of Opinions عدم اعتماد تقرير ما لهيئة الاستئناف وذلك في خلال ثلاثين يوماً بعد تعميمه على الأعضاء. ولا تخل إجراءات الاعتماد بحق الأعضاء في التعبير عن آرائها حول أي تقرير لهيئة الاستئناف[١٩٣].

---

(١٩١) الفقرتان ١ و ٢ من المادة ١٨ من مذكرة التفاهم. راجع :
Whitney Debevoise, Access to Documents ....
المقالة المشار إليها ، ص ص ٨٢٨ – ٨٢٩.

(١٩٢) المادة ١٩ من مذكرة التفاهم.

(١٩٣) المادة ١٤/١٧ من مذكرة التفاهم. راجع :
Whitney Debevoise, Access to Documents ....
المقالة السابقة ، ص ٨٢٩. وتحدد مذكرة التفاهم الإطار الزمني لقرارات جهاز تسوية المنازعات، إذ تنص المادة ٢٠ من هذه المذكرة على أن "الفترة الممتدة من إنشاء الفريق بواسطة جهاز تسوية المنازعات وحتى نظر هذا الجهاز في تقرير الفريق أو الاستئناف من أجل اعتماده هي، كقاعدة عامة ، تسعة أشهر على الأكثر في حال عدم استئناف تقرير الفريق والتي عشر=

= شهراً في حالة استئناف التقرير ، ما لم تتفق أطراف النزاع على عكس ذلك، وفي حـــالات تمديد الفترة المخصصة لتقديم التقرير من جانب الفريق أو جهاز الاستئناف عملاً بالفقرة ٩ مـــن المادة ١٢ أو الفقرة ٥ من المادة ١٧ ، فإن مدة التمديد تضاف إلى الفترات المذكورة آنفاً".

المطلب الثالث

تنفيذ التوصيات والقرارات

أولاً - مراقبة تنفيذ التوصيات والقرارات :

تنص المادة ٦/٢١ من مذكرة التفاهم على أن يراقب جهاز تسوية المنازعات تنفيذ التوصيات والقرارات الصادرة منه ، وذلك على أساس أن الامتثال الفوري لهذه التوصيات Recommendations والقرارات Rulings أساسي لضمان الحلول الفعالة للمنازعات من أجل مصلحة جميع الأعضاء[١٩٤]، ويكون لأي عضو أن يثير في جهاز تسوية المنازعات مسألة تنفيذ التوصيات والقرارات متى شاء بعد اعتمادها ، وتدرج مسألة تنفيذ التوصيات والقرارات على جدول أعمال جهاز تسوية المنازعات بعد ستة أشهر من تاريخ تحديد الفترة الزمنية المعقولة للتنفيذ وفق أحكام المادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم ، وتظل هذه المسألة على جدول أعمال الجهاز إلى أن يتم حلها ، ما لم يقرر جهاز تسوية المنازعات خلاف ذلك[١٩٥]، وعلى الدولة العضو المعنية أن تقوم بتزويد

---

(١٩٤) في معنى قريب :
Timothy M. Reif and Marjerie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process under the WTO Dispute Settlement Understanding, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp 755 – 787 (1998).
وبصفة خاصة في ص ٧٥٧.

(١٩٥) المقالة السابقة ، ص ٧٥٨ . كذلك:
Whitney Debevoise, Access to Documents ....
المقالة المشار إليها ، ص ٨٣٠. ويلاحظ أنه لا توجد حتى الآن أية حالة ادعت فيها دولة عضو في منظمة التجارة العالمية بأن من حقها الإبقاء على الإجراء المخالف للاتفاقية والتي قرر الجهاز ذلك بشأنها ، وإن كانت هناك حالات بشأن التفاوض لإحلال إجراء محل إجراء آخر ، أنظر:
Frieder Rossler, Angela Ellard, and Richard Elliot, Performance of the System IV: Implementation-Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp 789-793 (1998).

جهاز تسوية المنازعات بتقرير كتابي عن الموقف الحالي ، وتعرض فيه للتقدم الذي أحرزته لتنفيذ هذه التوصيات والقرارات ، وذلك قبل عشرة أيام على الأقل من اجتماع الجهاز[(١٩٦)].

وقد حرصت مذكرة التفاهم على تأكيد التنفيذ الفوري Prompt Compliance لقرارات جهاز تسوية المنازعات وذلك من عدة نواحي: فمن ناحية أولى ، ينبغي على الدولة العضو المعنية أن تقوم بإعلام هذا الجهاز ، في الاجتماع الذي يعقده في غضون ثلاثين يوماً بعد تاريخ اعتماد تقرير الفريق أو هيئة الاستئناف ، بنواياها فيما يتصل بتنفيذ توصيات وقرارات الجهاز[(١٩٧)]. ومن ناحية ثانية ، إذا تعذر على الدولة

---

(١٩٦) المادة ٦/٢١ من مذكرة التفاهم . كذلك راجع:
Whitney Debevoise, Access to Documents ....
المقالة السابقة ، ص ٨٣٠ ، أيضاً :
Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process.......
المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٩.

(١٩٧) المادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم . راجع في شرح هذه الفقرة من المادة المذكورة:
Timothy M. Rief and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under the WTO......
المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٨. وفي نزاع اليابان **Japan-Liquor dispute** ادعت الأطراف الشاكين أن الحكومة اليابانية لم تمتثل إلى تنفيذ التوصيات والقرارات الصادرة من جهاز تسوية المنازعات . وفي العشرين من نوفمبر ١٩٩٦ قامت اليابان بإعلام الجهاز بنواياها في التنفيذ ، واقترحت أن يتم التنفيذ خلال الفترة الزمنية المعقولة ولكن لم تحدد الوقت المحدد اللازم لذلك . ولم تتوصل الأطراف المتقدمة بالشكوى إلى اتفاق مع اليابان حول مفهوم الفترة المعقولة **reasonable time** . فطلبت الولايات المتحدة الأمريكية أن يتم تقرير المسألة بالتحكيم الملزم تطبيقاً للمادة ٣/٢١ (ج) من مذكرة التفاهم . وقرر المحكم أنه لا توجد حاجة ملحة للخروج عن القاعدة التي تقرر القيام بالتنفيذ في خلال الخمسة عشر شهراً المنصوص عليها في مذكرة التفاهم . راجع :
Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, Arbitration under Article 21 (3) (C) of the Understanding on Rules and procedures Governing the Settlement of Disputes, WT / DSB/ 15, WT/ DS10/ WT/ DS11/13 (Feb, 14, 1997).
كما هو مذكور ومشار إليه في:
Terence P. Stewart and Mara M. Burr, The WTO Panel Process ..=

المعنية الالتزام بالتنفيذ الفوري ، فقد أتاحت مذكرة التفاهم فترات أخرى كما يلي: (أ) الفترة التي تقترحها الدولة المعنية بشرط أن يقرها الجهاز، أو (ب) في حالة عدم إقرار الجهاز للفترة المقترحة من العضو المعني ، فتكون الفترة التي يتفق فيها طرفا النزاع خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ اعتماد التوصيات أو القرارات ، أو (ج) فإذا لم يتم الاتفاق على الفترة بين طرفي النزاع فتكون الفترة التي يتم تحديدها بواسطة التحكيم الملزم خلال تسعين يوماً من تاريخ اعتماد التوصيات والقرارات ، وإذا لم يتفق الطرفان على محكم خلال عشرة أيام بعد الإحالة إلى التحكيم ، كان على المدير العام القيام بتعيينه خلال عشرة أيام بعد التشاور مع الطرفين [١٩٨].

وينبغي في التحكيم أن يلتزم المحكم أو هيئة التحكيم بضرورة عدم تجاوز الفترة الزمنية المعقولة لتنفيذ توصيات فريق التحكيم أو هيئة الاستئناف بحد أقصى خمسة عشر شهراً من تاريخ اعتماد تقرير الفريق أو هيئة الاستئناف ، ومع ذلك يجوز تقصير هذه الفترة أو إطالتها حسب الظروف[١٩٩].

وعلى أي الأحوال ، لا يجوز أن تتجاوز المدة من تاريخ إنشاء فريق التحكيم بواسطة جهاز تسوية المنازعات وحتى تاريخ الفترة الزمنية المعقولة خمسة عشر شهراً ما لم يتفق طرفا النزاع على خلاف

= المقالة المشار إليها ، ص ٧٣٤.

(١٩٨) المادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم. في شرح ذلك ، راجع:
Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding ....
المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٨.

(١٩٩) ومثال ذلك: النزاع في قضية الجازولين المشار إليه في هامش (٢٠٧) من هذا البحث.

ذلك ، أو إذا تم تمديد هذه الفترة عن طريق فريق التحكيم أو هيئة الاستئناف سواء كان ذلك طبقاً للمادة ٩/١٢ أو المادة ٥/١٧ من مذكرة التفاهم. وفي حال تمديد فترة تقديم التقرير من فريق التحكيم أو هيئة الاستئناف ، تضاف فترة التمديد إلى فترة الخمسة عشر شهراً وبشرط ألا يتجاوز مجموع المدة ثمانية عشر شهراً إلا في الحالات التي يتفق فيها طرفا النزاع على وجود حالات أو ظروف استثنائية[٢٠٠].

أما إذا حصل خلاف بشأن وجود إجراءات متخذة امتثالاً مع التوصيات والقرارات أو على توافقها مع اتفاق مشمول ، فإن النزاع يحل باللجوء إلى الإجراءات المنصوص عليها لتسوية المنازعات ، بما في ذلك ، كلما أمكن ، اللجوء إلى فريق التحكيم الأصلي والذي يتعين عليه تعميم تقريره في خلال تسعين يوماً من تاريخ الإحالة إليه. وإذا قرر فريق التحكيم أنه لا يمكنه تقديم التقرير خلال هذه المدة ، تعين عليه إعلام جهاز تسوية المنازعات كتابة بالأسباب التي دعته إلى التأخير مع تقدير الفترة اللازمة لتقديم التقرير[٢٠١].

وبالنسبة للدول النامية ، فقد نصت مذكرة التفاهم صراحة على أهمية إعطاء اهتمام خاص للأمور المتعلقة بمصالح هذه الدول الأعضاء فيما يخص التدابير التي كانت محلاً لتسوية النزاع[٢٠٢]. كما يجب على جهاز تسوية المنازعات ، إذا كانت إحدى الدول النامية هي التي أثارت

---

(٢٠٠) المادة ٤/٢١ من مذكرة التفاهم.

(٢٠١) المادة ٥/٢١ من مذكرة التفاهم. وفي شرح هذه الفقرة من المادة المذكورة ، راجع:
Timothy M. Rief and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You ....
المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٩.

(٢٠٢) المادة ٢/٢١ من مذكرة التفاهم.

الموضوع ، أن ينظر فيما يمكنه اتخاذه من إجراءات إضافية تتناسب مع الظروف[٢٠٣]، كما يجب على جهاز تسوية المنازعات ، في الحالات التي يكون فيها رافع القضية دولة نامية عضو ، لدى النظر فيما يمكن اتخاذه من إجراءات مناسبة ، أن يأخذ في الاعتبار إلى جانب المشمول التجاري Trade Coverage للإجراءات موضوع الشكوى آثارها على اقتصاد الأعضاء من الدول النامية أيضاً[٢٠٤].

ثانيا - سحب الإجراء المخالف:

الأصل في نظام تسوية المنازعات - في ظل منظمة التجارة العالمية - ضرورة قيام الطرف الخاسر بسحب الإجراءات أو التدابير المتعارضة مع مبادئ وقواعد الجات أو ما يطلق عليه: Withdrawal of WTO inconsistent measures ويؤكد الحرص على سحب الإجراء المخالف أهمية وضرورة توافق الإجراءات المتخذة مع قواعد النظام التجاري العالمي الجديد ، وأن الفكرة الجوهرية هي الالتزام الكامل بقواعد هذا النظام ، ولا يتم اللجوء إلى التعويض – كبديل عن سحب الإجراءات المخالفة – إلا بعد فشل الالتزام بإنفاذ التوصيات المعتمدة من جهاز تسوية المنازعات. وبعبارة أخرى ، فإن نظام تسوية المنازعات ليس عقابياً في ذاته ، وإنما يستهدف بالدرجة الأولى التزام الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بسحب الإجراءات المخالفة[٢٠٥].

---

(٢٠٣) المادة ٧/٢١ من مذكرة التفاهم.

(٢٠٤) المادة ٨/٢١ من مذكرة التفاهم.

(٢٠٥) راجع :

Edwini Kessie, Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO, Volume 34 No. 6 Journal of World Trade, pp. 1-17 (December 2000).

وبصفة خاصة في ص ٤ وما بعدها.

وإذا كانت مذكرة التفاهم DSU أجازت – في أحوال معينة – تأخير سحب الإجراء المخالف ، فما ذلك إلا بغرض إعطاء مرونة في التنفيذ[٢٠٦]، ويكون للدولة المشكو في حقها سحب الإجراء المخالف وإنفاذ التوصيات المعتمدة من الجهاز خلال خمسة عشر شهراً، ومثال ذلك النزاع الذي وقع بين الولايات المتحدة الأمريكية وكل من فنزويلا والبرازيل والمعروف بقضية الجازولين The Gasoline Case [٢٠٧]، إذ أصدر فريق التحكيم في ١٧ يناير عام ١٩٩٦ قراراً – بناء على الشكوى المقدمة من كل من فنزويلا والبرازيل ضد الولايات المتحدة – بأن اللوائح ، الصادرة في ديسمبر ١٩٩٣ لإنفاذ قانون الهواء النقي لعام ١٩٩٠ Clean Air Act، غير متوافقة مع مبادئ وقواعد اتفاقيات الجات، وكانت لوائح هيئة البيئة الأمريكية تستهدف الحفاظ على معدلات منخفضة للتلوث البيئي الناشئ عن عادم استهلاك الجازولين ، إذ اشترطت قيام شركات تكرير البترول الوطنية وضع معدل أساسي كحد أدنى لنوعية الجازولين في معاملها، ومن أجل احتساب هذا المعدل ، أجازت اللوائح الأمريكية للمنتجين المحليين اختيار وتطبيق واحد من ثلاث طرق متاحة ؛ وذلك على عكس الحال بالنسبة لمستوردي

---

(٢٠٦) المقالة السابقة ، ص ٤

(٢٠٧) أنظر قرار فريق التحكيم :

United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline – Report of the Panel, WT/DS 2/R (January 29, 1996).

وفي التعليق على هذا الحكم ، راجع :

Timothy M. Reif, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process under the WTO Dispute Settlement Understanding ......

المقالة المشار إليها ، ص ٧٦٥ وما بعدها، كذلك راجع :

Gabrielle Marceau, A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement, Volume 33 No. 5 Journal of World Trade, pp. 87-151 (October 1999).

وبصفة خاصة في ص ٩٥ وما بعدها.

الجازولين الذين أتاحت لهم تلك اللوائح طريقة من طريقتين فقط لاحتساب معدل عادم الجازولين. وبذلك أقامت اللوائح تفرقة في المعاملة بين الشركات الوطنية والشركات الأجنبية أو بين الجازولين المنتج محليا وذلك المستورد من كل من البرازيل وفنزويلا. وقد أيدت هيئة الاستئناف قرار فريق التحكيم في ٢٠ مايو ١٩٩٦[٢٠٨]. وأعلنت

---

(٢٠٨) أنظر تقرير الاستئناف الصادر في قضية الجازولين:

Appellate Body Report on United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, 20 May, 1996 WT/DS2

في ص ١٨ ، ص ٢٢ ، ص ١٦ ، ص ٢٥ على التوالي.

"The relationship between the affirmative commitments set out in, e.g., Articles I, III and XI, and the policies and interests embodied in the "General Exceptions" listed in Article XX, can be given meaning within the framework of the General Agreement and its object and purpose by a treaty interpreter only on a case-to-case basis, by careful scrutiny of the factual and legal context in a given dispute, without disregarding the words actually used by the WTO Members themselves to express their intent and purpose."

"The chapeau by its express terms addresses, not so much the questioned measure or its specific contents as such, but rather the manner in which that measure is applied. It is, accordingly, important to underscore that the purpose and object of the introductory clauses of Article XX is generally the prevention of 'abuse of the exceptions' of [what was later to become] Article [XX]. This insight drawn from the drafting history of Article XX is a valuable one. The chapeau is animated by the principle that while the exceptions of Article XX may be invoked as a matter of legal right, they should not be so applied as to frustrate or defeat the legal obligations of the holder of the right under the substantive rules of the General Agreement. If those exceptions are not to be abused or misused, in other words, the measures falling within the particular exceptions must be applied reasonably, with due regard both to the legal duties of the party claiming the exception and the legal rights of the other parties concerned."

"The initial issue we are asked to look at relates to the proper meaning of the term 'measures' as used both in the chapeau of Article XX and in Article XX(g). The question is whether 'measures' refers to the entire Gasoline Rule or, alternatively, only to the particular provisions of the Gasoline Rule which deal with the establishment of baselines for domestic refiners, blenders and importers.... . The Panel here was following the practice of earlier Panels in applying Article XX to provisions found to be inconsistent with Article III:4: the 'measures' to be analyzed under Article XX are the same provisions infringing Article III:4.

One problem with the reasoning in that paragraph is that the=

الولايات المتحدة عزمها على الانصياع لحكم هيئة الاستئناف ، ولكن لم تحدد كيفية ذلك ، على الرغم من معارضة الكونجرس الأمريكي لهذا الحكم وحثه هيئة البيئة الأمريكية على عدم تنفيذه. وقررت الحكومة الأمريكية في ١٩ يونيو ١٩٩٦ ، أي خلال فترة الثلاثين يوماً المنصوص عليها في المادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم ، عزمها على إنفاذ الحكم والتوصل إلى الكيفية التي يتم بها ذلك بسحب الإجراءات المخالفة ودون الانتقاص - في نفس الوقت - من معايير حماية البيئة الأمريكية والصحة العامة [٢٠٩]. وبناء على ذلك ، بدأت هيئة البيئة الأمريكية ولمدة تسعين يوماً في استقبال اقتراحات كل من المنتجين المحليين واقتراحات مراكز الصناعة في كل من البرازيل وفنزويلا باعتبارهما الدولتين الشاكيتين. وكانت أغلبية الاقتراحات المقدمة تتجه إلى إخضاع موردي الجازولين من الأجانب إلى نفس الشروط البيئية التي يخضع لها

Panel asked itself whether the 'less favorable treatment' of= imported gasoline was 'primarily aimed at' the conservation of natural resources, rather than whether the 'measure', i.e. the baseline establishment rules, were 'primarily aimed at' conservation of clean air. In our view, the Panel here was in error in referring to its legal conclusion on Article III:4 instead of the measure in issue. The result of this analysis is to turn Article XX on its head... . The chapeau of Article XX makes it clear that it is the 'measures' which are to be examined under Article XX(g), and not the legal finding of 'less favorable treatment'."

"There was more than one alternative course of action available to the United States in promulgating regulations implementing the CAA. These included the imposition of statutory baselines without differentiation as between domestic and imported gasoline. This approach, if properly implemented, could have avoided any discrimination at all. Among the other options open to the United States was to make available individual baselines to foreign refiners as well as domestic refiners...."

(٢٠٩) راجع :

Timothy M. Rief and Majorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You ......

المقالة المشار إليها ، ص ٧٦٧.

المنتجون المحليون ، وإن اقترح البعض من الأمريكيين ضرورة وضع بعض القيود على حجم الاستيراد [٢١٠].

وتوصلت الولايات المتحدة في أغسطس عام ١٩٩٦ إلى اتفاق مع فنزويلا لإنفاذ الحكم خلال خمسة عشر شهراً ، ولكن لم يتم التوصل إلى اتفاق مماثل مع البرازيل التي أصرّت على ضرورة الإنفاذ خلال ثمانية أشهر أو تسعة أشهر على الأكثر. وكان رفض الولايات المتحدة لطلب البرازيل مؤسس على حجة جوهرية مبناها أن القيام بتعديل التشريعات واللوائح والمعايير اللازمة يقتضي توفر مدة أكبر من ذلك [٢١١]. وفي يناير ١٩٩٧ ، أصدرت هيئة البيئة الأمريكية اقتراحها الذي يقضي بخضوع كل من المنتجين المحليين والموردين الأجانب لنفس المعدلات ونفس المعايير مع الحرص على قيام موردي الجازولين في كل من فنزويلا والبرازيل تقديم معلومات عن أسلوب وطريقة الشحن وكذلك تقديم بيانات اختبارية موثقة عن مصدر الجازولين أي مصدر استخراجه. وقامت هيئة البيئة الأمريكية بوضع اللائحة النهائية لهذا الاقتراح في ٢٧ أغسطس ١٩٩٧ أي قبل انتهاء مدة الخمسة عشر شهراً المحددة للإنفاذ بيوم واحد ، وقد عبرت كل من فنزويلا والبرازيل عن رضائهما بهذا الحل [٢١٢].

وتعتبر قضية الجازولين أول اختبار حقيقي لقياس الالتزام بتنفيذ نصوص مذكرة التفاهم وسحب الإجراءات المخالفة ، إذ تم هذا التنفيذ في خلال المدة المنصوص عليها في المادة ٣/٢١ (ج) من مذكرة التفاهم

---

(٢١٠) المقالة السابقة ، ص ٧٦٧.

(٢١١) المقالة السابقة ، ص ٧٦٧ وما بعدها.

(٢١٢) المقالة السابقة ، ص ٧٦٨.

وخاصة أن ظروف التنفيذ في هذه القضية لم تكن تسمح بتمكين الطرف الخاسر من سحب الإجراءات المخالفة في مدة أقل ، لما يقتضيه ذلك من تعديل لوائح هيئة البيئة الأمريكية الأمر الذي يعتبر في غاية الحساسية والتعقيد لظروف المجتمع الأمريكي[٢١٣].

كما تأكد ضرورة الالتزام بسحب الإجراءات المخالفة في منازعات أخرى هامة منها على سبيل المثال النزاع بين السوق الأوربية EC من ناحية ، والولايات المتحدة وبعض دول أمريكا الجنوبية والمعروف بقضية الموز **The Banana Case** [٢١٤]. ففي ٢٢ مايو تم إنشاء فريق التحكيم بناء على طلب الولايات المتحدة الأمريكية ، الإكوادور ، جواتيمالا ، هندوراس والمكسيك . وقرر فريق التحكيم أن نظام السوق الأوربية الذي يعطي ميزات أفضلية لاستيراد الموز من بعض دول أفريقيا ودول المحيط الكاريبي غير متوافق بل ومتعارض مع الالتزامات التي تقتضيها اتفاقية الجات لعام ١٩٩٤ والاتفاقيات المرتبطة به[٢١٥]. وأيدت هيئة الاستئناف هذا القرار في ٩ سبتمبر ١٩٩٧ ، كما قام المجلس باعتماده في ١٥ سبتمبر ١٩٩٧[٢١٦]. ولقد أحدث هذا

---

(٢١٣) المقالة السابقة ، ص ٧٦٨. وفي التعليق على الحكم في قضية الجازولين ، راجع كذلك:
Rufus H. Yerxa and Demetrois J. Marantis, Assessing the New WTO Dispute System: A U.S. Perspective.....
المقالة المشار إليها ، ص ٨٠٣ وما بعدها .

(٢١٤) أنظر:
European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Banana – AB – 1997 – 3, WT/DS 27/ AB/R at 107 (September 9, 1997).

(٢١٥) راجع في التعليق على قرار فريق التحكيم:
Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You.....
المقالة المشار إليها ، ص ٧٧٦ وما بعدها .

(٢١٦) وقد جاء في تقرير هيئة الاستئناف ما نصه:
"since the GATT contracting parties incorporated a reference to the Lomé Convention into the Lomé waiver, the meaning of=

القرار انقساماً في السوق الأوربية إذ عارضته ست دول منها: فرنسا وأسبانيا وإنجلترا ، كذلك عارضه السكرتير العام لهيئة الزراعة التابعة للسوق الأوربية على أساس ضرورة وأهمية حماية اقتصاديات المستعمرات الأوربية السابقة، وبحيث يتم دفع تعويضات كبديل عن التنفيذ وإعمال قرار فريق التحكيم، كما وصل الأمر إلى حد قيام البرلمان الأوربي بالدعوة لمساندة الأفضلية التجارية لدول المحيط الكاريبي من زارعي الموز • أما تسع دول أخرى من الدول أعضاء السوق الأوربية - وعلى رأسها ألمانيا وهولندا - فقد أيدت ضرورة تنفيذ القرار على أمل أن هذا سوف يؤدي إلى تخفيض أسعار الموز في السوق الأوربية لزيادة الواردات من دول أمريكا اللاتينية [٢١٧]• ورغم الاختلاف الداخلي بين الدول أعضاء السوق الأوربية ، إلا أن موقفهم المعلن كان موحداً وهو ضرورة الالتزام بقرار فريق التحكيم ، ولكن مع الاحتفاظ ببعض العلاقات التجارية ذات الأفضلية مع الدول المنتجة للموز في دول البحر الكاريبي لأن الالتزام الحرفي لقرار فريق التحكيم من شأنه القضاء على زراعة وتجارة الموز في تلك الدول• وتمسكت الولايات المتحدة من جانبها بضرورة الالتزام الحرفي بقرار فريق التحكيم دون إبطاء[٢١٨]•

---

the Lomé Convention became a GATT/WTO issue, at least to= that extent. Thus, we have no alternative but to examine the provisions of the Lomé Convention ourselves in so far as it is necessary to interpret the Lomé waiver."

راجع تقرير الاستئناف المشار إليه هامش (٢١٤) في هذا البحث ، وبصفة خاصة الفقرة ١٦٥ من التقرير المذكور•

(٢١٧) راجع :

Timothy M. Reif and Mafjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You, ...

المقالة المشار إليها ، ص ٧٧٧ وما بعدها•

(٢١٨) المقالة السابقة ، ص ٧٧٧.

والحقيقة أن موقف دول السوق الأوربية يلقي بظلال حول مدى الالتزام الكامل بقرار فريق التحكيم والخطوات التنفيذية التي يتعين اتخاذها من أجل إعمال هذا القرار خلال الفترات التي رسمتها مذكرة التفاهم. وفي ٨ يناير عام ١٩٩٨ تم تعيين الدكتور سعيد النجار - أحد أعضاء هيئة الاستئناف الدائمة - كمحكم فردي ليفصل في مسألة تحديد مدة التنفيذ. وحاولت دول السوق الأوربية أن تبين للمحكم أن هناك ظروفاً خاصة تجعل مسألة التنفيذ في غاية التعقيد، ومن ذلك الصعوبات التي ستصادفها هذه الدول في توفيق التزاماتها الدولية وفقاً لاتفاقية لومي مع التزاماتها الدولية وفقاً لاتفاقيات الجات، علاوة على تعدد الدول أطراف النزاع، وبما يستلزم إضافة فترة أطول. أما المحكم فقد رفض هذه الحجج. كما رفض حجج الولايات المتحدة والدول الشاكية الأخرى في مطالبتهم بتنفيذ قرار فريق التحكيم في فترة أقصر. وأصرّ المحكم على ضرورة إنفاذ قرار فريق التحكيم في فترة الخمسة عشر شهراً المنصوص عليها في مذكرة التفاهم مع إضافة أسبوع واحد عليها(٢١٩).

وقد أكد فرق التحكيم في أكثر من مناسبة أهمية الإنفاذ بسحب الإجراءات المخالفة في المواعيد التي حددتها مذكرة التفاهم. ففي النزاع بين اليابان من جهة، والولايات المتحدة الأمريكية وكندا والاتحاد الأوربي EU من جهة أخرى، والذي تضمن اتهام اليابان بتبني أسلوب ضريبي يحابي المشروبات الكحولية الوطنية على مثيلاتها المستوردة،

---

(٢١٩) راجع:
Said El-Naggar, European Communities - Regime for the Importation, Sale, and Distribution of Bananas - Arbitration under Article 21.3 (c) of the Understanding and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WT/ DS 27/15 at 6 (January, 1998).

وبما يعد مخالفاً لالتزامات اليابان وفقاً للمادة ٣/٢ من جات عام ١٩٩٤.
وأيدت هيئة الاستئناف في الرابع من أكتوبر عام ١٩٩٦ قرار فريق التحكيم من وجوب قيام اليابان تعديل الوضع بسحب الإجراءات المخالفة وتعديل تشريعاتها الضريبية في هذا الخصوص[٢٢٠]، واعترفت اليابان بالإجراءات المخالفة ووعدت بسحبها ، ولكنها طلبت – لظروف خاصة– فترة معقولة reasonable time لكي تتمكن من إنفاذ القرار الصادر ضدها ، ومع ذلك فلم تقدّم اليابان إلى الجهاز – وخلافاً لما تقضي به المادة ٣/٢١ (أ) من مذكرة التفاهم - اقتراحها بشأن المدة المعقولة التي تراها مناسبة للتنفيذ وعلى سند من القول بأنها ستقوم بالتفاوض في هذا الخصوص مع الأطراف الشاكية[٢٢١].

وفي ديسمبر عام ١٩٩٧ ، اقترحت اليابان خطة لتنفيذ قرار فريق التحكيم يتم إعمالها على ثلاث مراحل وعلى مدار خمس سنوات وبحيث تحتفظ اليابان بمعدل نسبة ٣% أعلى في الضرائب على المشروبات الكحولية المستوردة مقارنة بمثيلها من المشروبات المحلية ، مع تخفيض التعريفة الجمركية على بعض المشروبات مثل الويسكي والبراندي كنوع عن التعويض عن التأخير في تنفيذ قرار الفريق بالنسبة لسائر

---

(٢٢٠) أنظر:

Julio Lacarte – Muro, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, Arbitration under article 21 (c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WT/DS8/15 (February 14, 1997).

(٢٢١) راجع :

Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You.......

المقالة المشار إليها ، ص ص ٧٦٩ وما بعدها ،

وراجع في التعليق على هذا النزاع:

Rufus H. Yerxa and Demetrois J. Marantis, Assessing the New WTO Dispute System: A U.S. Perspective.......

المقالة المشار إليها ، ص ٧٩٧ وما بعدها ،

المشروبات الكحولية[٢٢٢]. ورفضت الولايات المتحدة الاقتراح الياباني وأصرّت على ضرورة إعمال الحد الأقصى لفترة التنفيذ وهو خمسة عشر شهراً على الأكثر طبقاً للمادة ٢١/٣ (٢) من مذكرة التفاهم. ولمَّا أخفق أطراف النزاع في التوصل إلى اتفاق متبادل حول التنفيذ في خلال الخمسة وأربعين يوماً من تبني الجهاز قرار هيئة الاستئناف ، سارعت الولايات المتحدة في الرابع والعشرين من ديسمبر عام ١٩٩٦ بطلب التحكيم وفقاً للمادة ٢١/٣ (٢) من مذكرة التفاهم. ورغم لجوء الولايات المتحدة إلى التحكيم ، فإن اليابان قد زعمت أنه على الافتراض الجدلي بأن المحكم رأى ضرورة التنفيذ في موعد أقصاه خمسة عشر شهراً ، فإنها لن تستطيع ذلك لاعتبارين جوهريين: أولهما ، وجود معارضة سياسية داخلية ؛ وثانيهما ، التعقيدات الشديدة لتعديل قوانين الضرائب ، الأمر الذي يتطلب مزيداً من الوقت. كما رفضت الولايات المتحدة عرض اليابان تخفيض الضرائب على البوربون الأمريكي ، وبحيث يتم في مقابل ذلك الالتزام بقرار فريق التحكيم في عام ٢٠٠١. وعند عرض الأمر على المحكم ، كانت المسألة الجوهرية هي تفسير المادة ٢١/٣ (ج) والتي تقضي بأن تكون المدة المعقولة للتنفيذ أقصر أو أطول من الخمسة عشر شهراً المنصوص عليها وذلك طبقاً للظروف الخاصة **Particular Circumstances**. فما هو المقصود بالظروف الخاصة التي من شأنها التأثير على المدة اللازمة للتنفيذ؟ احتجت الولايات المتحدة أن الظروف الخاصة ليست فكرة فضفاضة ، فلا ينبغي التوسع في تفسيرها. إذ تنبني الظروف الخاصة على مدى الصعوبات والتعقيدات

---

(٢٢٢) راجع :
Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push Me, Pull-You....
المقالة السابقة ، ص ٧٦٩.

الفنية التي تكتنف التعديل التشريعي اللازم للتوافق مع مبادئ جات عام ١٩٩٤. فمثلاً ، لو اقتصر الأمر على مجرد تعديل سعر التعريفة الجمركية فلا تتوفر الظروف الخاصة ، بينما لو أن التعديل التشريعي يستلزم أولاً دراسة جوانب ومعايير علمية جديدة قبل إصدار التشريع الجديد فقد تتوفر الظروف الخاصة ، ويتعين أن تعمل الدولة المشكو في حقها في إطار ذلك بمنتهى حسن النية **good faith**، وفي كل الأحوال ، لا ينبغي أن تؤخذ اعتبارات المواءمة **policy judgements** والاعتبارات السياسية في مضمار الظروف الخاصة[٢٢٣]. واحتجت اليابان ، من ناحيتها ، أن فكرة الظروف الخاصة محل النزاع تقتضي اقتفاء ضوابط ومعايير مرنة لتنفيذ قرار فريق التحكيم. وبناء على هذا ، اقترحت اليابان أن يتم التنفيذ على ثلاث مراحل: المرحلة الأولى تنتهي بعد ثلاثة وعشرين شهراً والمرحلة الثالثة والأخيرة تنتهي بعد خمس سنوات؛ ذلك أن تعديل الضرائب يتطلب صدور تشريعات معقدة ، علاوة على أن مسائل الضرائب تنعكس بشدة على المستهلكين اليابانيين ، كما أن الأمر يحتاج إلى إخطار أكثر من مائة وثمانين ألف تاجر جملة وتجزئة – في القطاع التجاري للمشروبات الروحية – وتوعيتهم مع النظام الضريبي الجديد للتأقلم مع الزيادة المتوقعة للأسعار وبما يتطلبه هذا من تعديلات في نظم برامج الحاسب الآلي ووسائل الدعاية والإعلان[٢٢٤].

والطريف في الأمر أن المحكم لم يكلف نفسه عناء الرد على الحجج السابقة التي أثارها الأطراف المتنازعين بالنسبة لمحتوى ومفهوم فكرة الظروف الخاصة ، إذ أكدَّ في عبارة موجزة أن المدة المناسبة

---

(٢٢٣) الفقرتان ١٢ ، ١٣ من حكم التحكيم المشار إليه في هامش (٢٢٠) من هذا البحث.

(٢٢٤) الفقرات من ١٧ إلى ٢١ من حكم التحكيم المشار إليه في هامش (٢٢٠) من هذا البحث.

للإنفاذ هي خمسة عشر شهرا ، وأنه ينبغي على اليابان الالـــتزام بتلـــك المدة ، إذ جاء في هذا الحكم وعلى لسان المحكم ما يلي :

"[in] this case, I am not persuaded that the "particular circumstances" advanced by Japan and the United States justify a departure from the 15-month "guideline" either way. I conclude, therefore, that a "reasonable period of time" within the meaning of article 21.3(c) of the DSU for Japan to implement the recommendations and rulings of the DSB of 1 November 1996 in Japan-Taxes on Alcoholic Beverages in 15 (٢٢٥)months".

---

(٢٢٥) الفقرة ٢٧ من حكم التحكيم المشار إليه في هامش (٢٢٠) من هذا البحث ، ورغم صدور قرار التحكيم ، إلا أن اليابان حاولت التهرب من تنفيذ القرار بطريقة كاملة وذلك حتى فـبراير عام ١٩٩٨ وعلى سند من القول إن التنفيذ يتطلب الحصول أولا على موافقة هيئـة الأغذيـة اليابانية ، علاوة على وجود معارضة سياسية داخلية في اليابان للتغيرات المقترحـة في قوانـين الضرائب ، مع محاولات الحكومة تهيئة السوق على هذه التغيرات ، وفي الســابع عشـر مـن ديسمبر عام ١٩٩٧ تم الإعلان عن اتفاق تسوية بين اليابان وأمريكا بحيث تبدأ اليابان اعتبـارا من الأول من مايو عام ١٩٩٨ بتعديل الضرائب على بعض أصناف المشروبات الكحولية وحتى الأول من أكتوبر عام ٢٠٠٠ ثم إلغاء التعريفة الجمركية على جميع المشروبات الكحولية بحلـول الأول من أبريل عام ٢٠٠٢ والذي سوف يؤدي إلى توفير ٩٤ مليون دولار للصناعة الأمريكية سنويا علاوة على ٤٥ مليون دولار توفيرا بالنسبة للجمارك على المشروبات الروحية ، راجـع كل من:
Rufus H. Yerxa and Demetrois J. Marantis, Assessing the New WTO Dispute System: A U.S Perspective......
المقالة المشار إليها ، ص ٧٩٧ وما بعدها ،
كذلك راجع:
Timothy M. Rief and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You......
المقالة المشار إليها ، ص ٧٧١ وما بعدها ، والحقيقة أن هناك أمثلة أخرى عديـدة لمنازعـات صدرت فيها قرارات بضرورة سحب الإجراءات المخالفة ومن ذلك: ما يعرف بقضية المجـلات الدورية Periodicals ، وهو نزاع نشأ بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا ، إذ تم اتهـام كندا بخرقها لالتزاماتها الدولية بالنسبة للدوريات المستوردة حيث فرضت بدون مبرر ضرائـب على دخول الإعلانات الأمريكية المنشورة في المجلات المطبوعة في كندا ، وأنها منحت معـدلات وأسعار بريدية مدعومة للمجلات والجرائد الكندية بحيث خرقت مبدأ المعاملـة الوطنيـة ، وفي الرابع عشر من مارس عام ١٩٩٧ أصدر فريق التحكيم قرارا لصالح أمريكـا ضـد كنـدا ، وتعهدت كندا بتنفيذ قرار الفريق بعد أن تأيد هذا القرار من هيئة الاستئناف في ٣٠ يوليو عام=

=١٩٩٧. أنظر قرار الفريق:

Canada – Certain Measures Concerning Periodicals – Report of the Panel, WT/DS 31/R (March 14, 1997).

وأيضا حكم هيئة الاستئناف :

Canada – Certain Measures Concerning Periodicals – AB 1997-2 – Report of the Appellate Body, WT/DS 31/ AB/R (June 30, 1997).

أما النزاع الذي ثار بين أمريكا وكندا من جهة ، والسوق الأوربية من جهة أخرى بشأن منتجات اللحوم أو ما يعرف باسم قضية (الهرمونات) Hormones Case ، فقد تضمن شكوى من كل من الولايات المتحدة وكندا ضد السوق الأوربية بأن هذه الأخيرة قد أقامت حظرا على استيراد اللحوم ومنتجاتها من الماشية المعالجة هرمونيا أي تلك التي تم حقنها بواحد أو أكثر من هرمونات التسمين بزعم أن ذلك مخالف لما تقضي به المادتان ١/٣ ، ١/٥ من اتفاقية منظمة التجارة العالمية بشأن الإجراءات الصحية . وقد صدر تقرير فريق التحكيم في ١٨ أغسطس عام ١٩٩٧ لصالح الولايات المتحدة وكندا من أن الإجراءات الصحية التي اتخذتها السوق الأوربية أعلى من المعدلات الدولية وفقا لاتفاقية الجات المتعلقة بالإجراءات الصحية وأن التحريم الذي فرضته السوق الأوربية.على اللحوم ومنتجاتها من الولايات المتحدة وكندا لا مبرر له . استأنفت السوق الأوربية أمام هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية، وكانت المسألة المعروضة أمام الاستئناف هي هل يجوز لأي دولة عضو أن تطبق درجة من الإجراءات الصحية أشد وأعلى من المعدلات الدولية؟ أجابت هيئة الاستئناف بنعم ، بشرط أن تكون القيود الصحية الإضافية لها صدى علمي ومؤيدة بالأدلة العلمية الثبوتية . واعتمد المجلس قرار هيئة الاستئناف في ١٣ فبراير ١٩٩٨. والطريف في الأمر أن كلا من الولايات المتحدة ، والسوق الأوربية (الطرفين المتنازعين) قد اعتبرا قرار هيئة الاستئناف في صالحهما . فادعت السوق الأوربية أن القرار يسمح لها بمدة عام لكي تقوم بتحديد وإيجاد الأدلة التي يتحدد بها خطر اللحوم المعالجة هرمونيا . وعليه ، قرر المسئولون في السوق الأوربية أن التحريم سوف يبقى قائما لمدة خمسة عشر شهرا بينما تستمر الأبحاث العلمية حتى يتم التوصل إلى أدلة حول خطر هذه اللحوم . أما الولايات المتحدة ، فقد رأت أن قرار هيئة الاستئناف يتطلب وضع نهاية فورية للتحريم ، وأنه لا يجوز للسوق الأوربية أن تنتهز فترة التنفيذ (الخمسة عشر شهرا) لكي تقوم بتطوير أبحاث علمية تحاول بها التوصل إلى أدلة على وجهة نظرها للتحريم . وفي ١٨ أبريل ١٩٩٨ ، عندما تم تقديم المسألة إلى التحكيم الملزم ، فقد رأى الحكم ضرورة الإنفاذ خلال خمسة عشر شهرا ، وأن الطرف الذي يرغب في إثبات وجود ظروف خاصة تبرر مدة أطول ، فعليه إثبات ذلك وفقا للمادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم . راجع تقرير فريق التحكيم:

EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Complaint by the United States – Report of the Panel, WT/DS 26/R/ USA (August 18, 1997);

راجع تقرير هيئة الاستئناف:

EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) AB – 1997 – 4 – Report of the Appellate Panel, WT/DS 26/AB/R (January 16, 1998).

راجع في التعليق على هذين التقريرين:

Dale E. McNiel, The First Case under the WTO's Sanitary and=

ثالثاً - التعويض وتعليق التنازلات

الأصل أن التنفيذ الكامل للتوصيات والقرارات الصادرة من جهاز تسوية المنازعات هو أفضل السبل لكي تتوافق الإجراءات محل الشكوى مع الاتفاقيات المشمولة (كاتفاقية تريبس مثلاً)، ومع ذلك أتاحت مذكرة التفاهم التعويض Compensation وكذلك تعليق التنازلات Suspension of Concessions لمدة زمنية معقولة، وفي نفس الوقت، فإن التعويض إرادي، ويجب حين يتم منحه أن يكون متسقاً مع الاتفاقات المشمولة[٢٢٦].

Phytosanitary Agreement: The European Union's Hormone= Ban, Volume 39 No. 1 Virginia Journal of International Law, pp. 89-134 (1998).

(٢٢٦) المادة ١/٢٢ من مذكرة التفاهم، راجع:

Frieder Rossler, Angela Ellard, and Richard Elliot, Performance of the System IV: Implementation – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 789-793 (1998):

وبصفة خاصة في ص ٧٨٩ وما بعدها،

ويلاحظ أن عرض التعويض هو بطبيعته في ظل اتفاقيات جات عام ١٩٩٤ إجراء مؤقت Temporary حتى يحين الوقت الذي تستطيع فيه الدولة المشكو في حقها سحب الإجراء المخالف inconsistent measure، بمعنى أن التعويض لا يخل بالتزام الدولة الخاسرة بتنفيذ وإعمال قرار فريق التحكيم، وللتعويض صور عديدة منها على سبيل المثال: تخفيض التعريفة على المنتجات التصديرية للطرف الشاكي، عرض تنازلات معينة في قطاع الخدمات أو الملكية الفكرية بقيمة معادلة لمستوى الإجراءات المخالفة، كما يلاحظ أن هناك قيوداً على التعويض، ذلك أن الطرف الرابح لا يتم تعويضه عن المخالفات التي وقعت past wrongs أي ما مضى من إجراءات غير متوافقة مع اتفاقية الجات حيث لا يوجد أثر رجعي retroactive للتقيد بقواعد هذه الاتفاقية، ومع ذلك فعدم وجود أثر رجعي للتعويض قد يكون له انعكاسات ضارة للشركات في الدول الأعضاء التي قد تخسر ملايين الدولارات بسبب الإجراءات المخالفة، ومن الجدير بالذكر أنه منذ إنشاء WTO وحتى عام ٢٠٠٠ لم تصادف قضية قبل فيها الطرف الخاسر التعويض كبديل عن تنفيذ القرار الصادر بسحب الإجراء المخالف، راجع:

Edwini Kessie, Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO, Volume 34 No. 6 Journal of World Trade, pp. 1-17 (December 2000).

وراجع بصفة خاصة في الجزاءات طبقاً لاتفاقية WTO :

وإذا أخفقت الدولة العضو المعنية في الانصياع للتعديل المطلوب وإتمام الإجراء المتوافق مع الاتفاق / الاتفاقات المشمولة طبقاً للقرارات أو التوصيات الصادرة بذلك عن الجهاز خلال المدة المعقولة طبقاً للمادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم ، فإنه يجب على هذه الدولة العضو - إذا طلب إليها ذلك خلال هذه المدة المعقولة - أن تدخل في مفاوضات مع أي طرف يطلب تطبيق إجراءات تسوية المنازعات بهدف التوصل إلى تعويض يرتضيه الطرفان[٢٢٧]. فإذا لم يتم التوصل إلى مثل هذا الاتفاق خلال عشرين يوماً بعد انقضاء الفترة الزمنية المعقولة ، جاز لأي طرف أن يطلب تطبيق إجراءات تسوية المنازعات ، وأن يطلب إلى الجهاز الترخيص له بتعليق تطبيق التنازلات أو غيرها من الالتزامات بالنسبة للعضو المعني بموجب الاتفاقات المشمولة[٢٢٨].

وقد وضعت مذكرة التفاهم المبادئ والإجراءات التي تحكم قيام الدولة العضو الشاكي لدى اختيارها التنازلات أو الالتزامات التي سيتم تعليقها. فمن ناحية أولى، فالأصل أن يقوم الطرف الشاكي بالسعي أولاً إلى تعليق التنازلات وغيرها من الالتزامات المتعلقة بنفس القطاع أو القطاعات التي رأى فيها فريق التحكيم أو هيئة الاستئناف أنه قد حصل انتهاك أو تعطيل أو إلغاء بصددها. ومن ناحية ثانية، إذا وجد الطرف

Petros C. Maroidis, Remedies in the WTO Legal System: = Between a Rock and a Hard Place, Volume II No. 4 European Journal of International Law, pp. 763-811 (December 2000).

(٢٢٧) المادة ٢/٢٢ من مذكرة التفاهم. راجع:

Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body ....

المقالة المشار إليها ، ص ٨٣١. أيضاً :

Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process ....

المقالة المشار إليها ، ص ٧٥٩ وما بعدها.

(٢٢٨) المادة ٢/٢١ من مذكرة التفاهم.

الشاكي أن تعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات أصبح غير عملـــي أو غير فعال ، جاز له تعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامـــات فـــي القطاعات الأخرى بموجب ذات الاتفاق • ومن ناحية ثالثـــة ، إذا وجـــد الطرف الشاكي أن تعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات بالنسبة إلـى القطاعات الأخرى بموجب ذات الاتفاق غير عملي أو غير فعـــال ، وأن الظروف خطيرة ، جاز له أن يعلق التنازلات أو غيرها من الالتزامـــات في اتفاق آخر(٢٢٩).

ويلتزم الطرف الشاكي عند تطبيق المبادئ السابقة بمراعـــاة مـــا يلي: **أولاً** - التجارة في القطاع أو بموجب الاتفاق الـــذي وجـــد فريـــق التحكيم أو هيئة الاستئناف انتهاكاً أو إلغاء أو تعطيلاً وأهمية هذه التجارة لهذا الطـــرف• **ثانياً** - العنـــاصر الاقتصاديـــة الأوســـع **Broader economic elements** المتعلقة بالإلغاء أو التعطيل والآثار الاقتصاديـــة الأوسع لتعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات(٢٣٠).

وطبقاً للمادة ٣/٢٢ (هـ) إذا قرر الطرف الشـــاكي أن يطلـــب الترخيص له بتعليق التنازلات وغيرها من الالتزامـــات فـــي قطاعـــات أخرى بموجب ذات الاتفاق (كاتفاقية تريبس) أو في اتفاق آخـــر ، فإنـــه يتعين عليه أن يبين الأسباب الداعية لذلك في طلبه ، كما ينبغي إرســـال

---

(٢٢٩) المادة ٣/٢١ من مذكرة التفاهم • راجع كذلك:
Edwini Kessie, Enhancing Security and Private Business Operators ....
المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٧ وما بعدها • راجع بصفة خاصة:
Arvind Subramanian and Jayashree Watal, Can TRIPS Serve As An Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? Volume 3 No. 3 Journal of International Economic Law pp. 403-416 (September 2000).
وبصفة خاصة في ص ٤٠٩ وما بعدها •
(٢٣٠) المادة ٣/٢١ (د) من مذكرة التفاهم •

الطلب في ذات الوقت إلى جهاز تسوية المنازعات والمجالس ذات الصلة وإلى الأجهزة القطاعية المعنية إذا ما تعلق الترخيص بتعليق تنازلات أو التزامات أخرى في قطاعات أخرى بموجب ذات الاتفاق[٢٣١].

ويكون مستوى تعليق التنازلات وغيرها من الالتزامات التي يرخص به الجهاز معادلاً لمستوى الإلغاء والتعطيل ، ومع مراعاة أن الجهاز لا يكون له الترخيص بتعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات إذا كان الاتفاق المشمول يحظر هذا التعليق[٢٣٢].

وإذا أخفقت الدولة العضو المعنية - طبقاً للتوصيات أو القرارات الصادرة من الجهاز - في تعديل الإجراء المخالف للاتفاق المشمول خلال الفترة المعقولة المشار إليها وعدم التوصل إلى تعويض مُرضٍ ، فيكون للجهاز بناء على طلب إصدار الترخيص بتعليق التنازلات أو

---

(٢٣١) المادة ٣/٢١ (هـ) من مذكرة التفاهم. ومع ملاحظة أن المادة ٣/٢١ (و) من المذكرة تقضي بما يلي:
"١- بالنسبة للسلع ، جميع السلع ؛
٢- بالنسبة للخدمات ، أي قطاع رئيسي محدد في النسخة الحالية من "جدول التصنيف القطاعي للخدمات" الذي يحدد هذه القطاعات ؛
٣- بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة ، كل من فئات حقوق الملكية الفكرية الواردة في القسم ١ ، أو القسم ٢ ، أو القسم ٣ ، أو القسم ٤ ، أو القسم ٥ ، أو القسم ٦، أو القسم ٧ من الجزء الأول. أو الالتزامات بموجب الجزء الثالث أو الجزء الرابع من الاتفاق بشأن الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية.
(ز) في تطبيق هذه الفقرة يقصد بكلمة اتفاق ما يلي:
١- بالنسبة للسلع ، الاتفاقات المدرجة في الملحق ١/أ من اتفاقية منظمة التجارة العالمية بمجموعها وكذلك الاتفاقات التجارية عديدة الأطراف ما دامت أطراف النزاع أطرافاً فيها ؛
٢- بالنسبة للخدمات الاتفاق العام للتجارة في الخدمات ؛
٣ - بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية ، الاتفاق بشأن الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية".

(٢٣٢) المادة ٤/٢٢ من مذكرة التفاهم.

غيرها من الالتزامات خلال ثلاثين يوماً من انقضاء تلك الفترة الزمنية المعقولة ما لم يقرر الجهاز بتوافق الآراء رفض الطلب ، ولكن إذا اعترضت الدولة العضو المعنية على مستوى التعليق المقترح أو ادعت عدم احترام المبادئ المذكورة في ٣/٢٢ من مذكرة التفاهم بخصوص طلب الطرف الشاكي الترخيص له بتعليق التنازلات أو الالتزامات ، فإن الأمر يحال عندئذ إلى التحكيم من خلال الفريق الأصلي إذا كان وجود الأعضاء الأصليين فيه مازال متاحاً ، أو عن طريق محكم يتولى تعيينه المدير العام ، وفي كل الأحوال ينبغي أن يتم ذلك خلال ستين يوماً من تاريخ انقضاء الفترة الزمنية المعقولة المشار إليها ، مع مراعاة عدم تعليق التنازلات أو الالتزامات خلال فترة سير التحكيم[٢٣٣].

وفي حالة طرح النزاع على التحكيم ، فلا ينظر المحكم في طبيعة التنازلات أو غيرها من الالتزامات الأخرى المطلوب تعليقها بل تنحصر مهمته في تحديد ما إذا كان مستوى التعليق معادلاً لمستوى الإلغاء **Nullification** والتعطيل **Impairment** ، ويكون للمحكم أيضاً أن يقرر ما إذا كان التعليق المقترح للتنازلات وغيرها مسموحاً به بموجب الاتفاق المشمول. ومع ذلك ، إذا كانت المسألة المطروحة أمام التحكيم متضمنة الادعاء بعدم اتباع المبادئ والإجراءات المنصوص عليها في المادة ٣/٢٢ من مذكرة التفاهم ، فإن المحكم يلتزم بنظر هذا الادعاء. وإذا قرر المحكم صحة الادعاء بعدم اتباع المبادئ والإجراءات المشار إليها في المادة ٣/٢٢ من مذكرة التفاهم ، كان على

---

(٢٣٣) المادة ٦/٢٢ من مذكرة التفاهم. راجع:
Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process.......
المقالة المشار إليها ، ص ٧٦٠ ، وص ٧٦٥.

الطرف الشاكي تطبيقها بما يتفق مع أحكام المادة المذكورة. ويكون قرار المحكم في هذا الصدد نهائياً ، وعلى الأطراف قبوله كقرار نهائي ، ولا يجوز إجراء تحكيم ثانٍ. ويجب إعلام جهاز تسوية المنازعات - دون إبطاء - بقرار المحكم ، ويصدر الجهاز - بناء على طلب - الترخيص بتعليق التنازلات وغيرها من الالتزامات إذا كان الطلب متفقاً مع قرار المحكم ما لم يقرر الجهاز بتوافق الآراء رفض هذا الطلب(٢٣٤).

ويكون قرار تعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات مؤقتاً ، بمعنى أنه يتم تطبيقه إلى حين إزالة التدابير المتعارضة مع أي من الاتفاقات المشمولة ، أو إلى حين أن يقوم العضو الذي يجب عليه تنفيذ القرارات أو الاتفاقات بتقديم حلٍ مُرضٍ للطرفين(٢٣٥). وإعمالاً للمادة ٢١ من مذكرة التفاهم ، يلتزم جهاز تسوية المنازعات بمراقبة تنفيذ التوصيات والقرارات المعتمدة بما فيها الحالات التي قدمت فيها تعويضات أو علقت تنازلات أو غيرها من الالتزامات دون أن يجري فيها تنفيذ التوصيات بتعديل التدابير لتتوافق مع الاتفاقات المشمولة(٢٣٦).

ويجوز اللجوء إلى أحكام تسوية المنازعات في الاتفاقات المشمولة بالنسبة للإجراءات التي تؤثر على التقيد بها أو مراعاتها **Affecting their observance** والتي تتخذها الحكومات أو السلطات الإقليمية أو المحلية ضمن أراضي دولة عضو ما. وإذا قرر جهاز

---

(٢٣٤) المادة ٢٢/٧ من مذكرة التفاهم.

(٢٣٥) المادة ٢٢/٨ من مذكرة التفاهم. وراجع في الطبيعة القانونية للتعويض وتعليق التنازلات:
Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process Under the WTO .....
المقالة المشار إليها ، ص ٧٦٠ وما بعدها.

(٢٣٦) المادة ٢٢/٨ من مذكرة التفاهم. المقالة السابقة ، ص ٧٦٥.

تسوية المنازعات أن نصاً معيناً من نصوص أحد الاتفاقات المشمولة لم يتم مراعاته واحترامه ، فإنه يتعين على الدولة العضو المسئولة أن تتخذ الإجراءات المعقولة المتاحة له ليضمن التقيد به ، فإذا ما تعذر ضمان هذا الامتثال ، فيكون من اللازم تطبيق أحكام الاتفاقات المعنية وأحكام هذا التفاهم المتصلة بالتعويض وتعليق التنازلات أو غيرها من الالتزامات[٢٣٧] .

وفي سبيل سعي الدول الأعضاء إلى القيام بتصحيح أي انتهاك للالتزامات أو غير ذلك من أشكال إلغاء أو تعطيل المصالح المقررة بموجب الاتفاقات المشمولة أو في حالة وجود عقبة لبلوغ أي من أهداف هذه الاتفاقات ، فإن على هذه الدول الحرص على ما يلي :

١- عدم البت في حصول انتهاك أو إلغاء أو تعطيل مصالح أو عرقلة بلوغ هدف من أهداف الاتفاقات المشمولة إلا من خلال اللجوء إلى تسوية النزاع وفق قواعد وإجراءات هذا التفاهم ، وأن يكون هذا البت متناسقاً مع النتائج المبينة في تقرير فريق التحكيم أو هيئة الاستئناف المعتمد من جهاز تسوية المنازعات أو مع قرار تحكيم متخذ بموجب هذا التفاهم .

٢- اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢١ من مذكرة التفاهم لتحديد الفترة الزمنية المعقولة المطلوبة لتنفيذ التوصيات والقرارات من جانب الدولة العضو المعنية .

٣- اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٢ لتحديد

(٢٣٧) المادة ٩/٢٢ من مذكرة التفاهم .

مستوى تعليق التنازلات وغيرها-من الالتزامات والحصول على ترخيص جهاز تسوية المنازعات طبقاً لهذه الإجراءات قبـــل تعليـــق التنـــازلات وغيرها من الالتزامات بموجب الاتفاقات المشمولة رداً على عدم تنفيـــذ التوصيات والقرارات من جانب العضو المعني ضمن الفـــترة الزمنيـــة المعقولة[٢٣٨]،

---

(٢٣٨) المادة ٢٣ من مذكرة التفاهم.

خاتمة

أنشأت اتفاقية منظمة التجارة العالمية آلية تسوية المنازعات – لتكون صرحاً قائماً بذاته – للفصل في المنازعات بين الدول الأعضاء. فلا يجوز لأي طرف من الأطراف المتنازعين الحصول على قرار ملزم ضد الطرف المشكو في حقه خارج إطار منظمة التجارة العالمية أو بمنأى عن القواعد التي أرستها مذكرة التفاهم. ومن ثمَّ فلا يجوز البت في حصول أي انتهاك أو عرقلة للاتفاقية إلا من خلال آلية تسوية المنازعات ، ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك بين المتنازعين أنفسهم وفق شروط محددة. وعلاوة على هذا ، وضعت مذكرة التفاهم قواعد منضبطة تحكم الشكاوى التي تتقدم بها الدول الأعضاء ضد دول أعضاء أخرى ، وبحيث تكون إدارة المنازعة وفق قواعد تنظيمية محددة تتميز بالتلقائية في تكوين أعضاء فريق التحكيم ، الذين يُختارون من الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة والخبرة العالية ، والذين يتعين عليهم اتباع قواعد إجرائية واضحة ومحددة سلفاً. كما تتأكد التلقائية أيضاً من خلال تبني القرار الذي يصدره فريق التحكيم في الاجتماع الذي يعقده الجهاز لذلك خلال ستين يوماً بعد تعميم القرار على الأعضاء ، وذلك ما لم يحصل استئناف ، أو يصدر إجماع من الدول الأعضاء في الجهاز على عدم تبني القرار. وضمانةً للمتنازعين ، فقد تم إنشاء هيئة استئنافية لمراجعة المسائل المتعلقة بالقانون.

والسرعة في اتخاذ القرارات هي من أهم الميزات التي تتصف بها آلية تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية. فهناك قواعد محددة للجدول الزمني الذي يتعين اتباعه حتى لا يطول أمد تسوية النزاع

إلى الحد الذي يضر بمصلحة الأطراف المتنازعين. والقاعدة أنه لا ينبغي أن تزيد الفترة التي يتم فيها إصدار قرار التسوية عن سنة واحدة، وعلى ألا تزيد هذه الفترة عن خمسة عشر شهراً في حالة استئناف القرار من الدولة الخاسرة. وهذا هو الحد الأعلى للمدة، وبحيث يمكن أن تقصر عن ذلك وفقاً لطبيعة المنازعة وظروفها. أما بالنسبة للفترة التي ينبغي فيها على الدولة الخاسرة إعمال وتنفيذ **implementation** القرار فهي كقاعدة عامة خمسة عشر شهراً، ولا يمكن إطالتها عن هذا الحد إلا إذا وجدت ظروف خاصة **particular circumstances** تبرر زيادتها أو تقصيرها.

ولم يحدث في أية منازعة تم تقديمها إلى منظمة التجارة العالمية أن وافق فريق التحكيم أو وافقت هيئة الاستئناف على طلب الدولة الخاسرة مد فترة إعمال القرار بعد الخمسة عشر شهراً المنصوص عليها في مذكرة التفاهم. وعليه، فإن الحد الأعلى للمدة اللازمة لتسوية المنازعة شاملاً مدة الإنفاذ لا تتجاوز في مجموعها ثلاثين شهراً، وهي مدة تعتبر معقولة بالنظر إلى أهمية منازعات التجارة الدولية وتعقيداتها. فإذا لم يقم الطرف الخاسر بتنفيذ القرار في المواعيد المحددة، كان للطرف الرابح أن يطلب التعويض، أو أن يقوم من جانبه بتطبيق إجراءات انتقامية بتعليق التنازلات الممنوحة للطرف الخاسر الملتزم بالتنفيذ. والحقيقة أن الإجراءات الانتقامية بتعليق التنازلات تبدو لنا غير فعّالة في حالة المنازعات بين دول توجد بينها فجوة اقتصادية كبيرة. فماذا يجدي دولة نامية فقيرة أن تعلّق التنازلات أو الميزات الممنوحة في مواجهة دولة عظمى بسبب امتناع الأخيرة عن تنفيذ قرار فريق التحكيم الصادر ضدها في نزاع معين؟ ومع هذا، وفي ظل غياب جزاءات

دولية أخرى - كالطرد من منظمة التجارة العالمية مثلا - بسبب الامتناع عن التنفيذ ، فإن تعليق التنازلات يبقى هو الإجراء الانتقامي الواقعي .

ولقد شُرِع نظام تسوية المنازعات في ظل منظمة التجارة العالمية لمصلحة جميع الدول الأعضاء بغض النظر عن قوتهم الاقتصادية . فهو نظام يتيح الفرصة للدول النامية والدول الصغيرة المنازعة في الإجراءات التجارية غير العادلة أو غير المنصفة التي قد تصدر من الدول العظمى الغنية وتكون غير متوافقة مع النظام العالمي الجديد ، وبما يبث الطمأنينة والثقة في نظام التجارة الدولية . ففي عدد غير قليل من المنازعات التي تم حسمها في منظمة التجارة العالمية ربحت دول نامية قضاياها ضد دول كبرى منها الولايات المتحدة الأمريكية ودول الاتحاد الأوربي والتي التزمت بتنفيذ القرارات الصادرة ضدها من فرق التحكيم أو من هيئة الاستئناف[٢٣٩] . ومع هذا ، فالمشكلة الكبيرة التي

---

(٢٣٩) ومن ذلك: نزاع المنسوجات Textiles Cases بين كوستاريكا والولايات المتحدة الأمريكية حيث صدر قرار فريق التحكيم لصالح كوستاريكا من أن القيود التي فرضتها الولايات المتحدة بالنسبة لاستيراد المنسوجات القطنية مخالفة لاتفاقيات الجات إذ أخفقت هذه الدولة الأخيرة في تقديم الدليل على أن الواردات القطنية من كوستاريكا احدثت أضراراً جسيمة أو هددت بحدوث أضرار جسيمة للصناعة الأمريكية ، راجع:

United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear – Report of the Panel, WT/DS 24/R (November 8, 1996).

وتم تأييد قرار فريق التحكيم في هذا النزاع بقرار هيئة الاستئناف:

United States – Restrictions on Imports of Underwear – Report of the Appellate Body, WT/DS 24/AB/R (February 10, 1997).

كما ربحت الهند قضيتها ضد الولايات المتحدة في النزاع القائم بينهما حول استيراد المنسوجات من الهند بقرار من فريق التحكيم والذي تأيدّ بقرار هيئة الاستئناف:

United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India – Report of the Panel, WT/DS 33/R (January 6, 1997).

United States – Measures Affecting Imports of Woven Shirts and Blouses from India – AB. 1997 –1- Report of the Appellate Body, WT/DS 33/AB/R (April 25, 1997). =

= كذلك راجع قضية الجازولين المشار إليها سابقاً في هذا البحث ، والتي رجحتها فنزويلا والبرازيل ضد الولايات المتحدة الأمريكية حيث أيدت هيئة الاستئناف قرار فريق التحكيم من أن الولايات المتحدة خرقت مبدأ المعاملة الوطنية الذي قررته اتفاقية الجات وذلك بإقامة معدلات ومستويات مختلفة لحماية البيئة من شأنها التفرقة في المعاملة بين الجازولين المنتج محلياً وذلك الجازولين المستورد من كل من فنزويلا والبرازيل ، راجع:

United States – Standards of Reformulated and Conventional Gasoline – Appellate Body Report and Panel Report – Action by the Dispute Settlement Body, WT/DS 2/9 (May 20, 1996).

ويقرر البعض أن الدول النامية شاركت في نظام تسوية منازعات الجات بفعالية كبيرة ، فمثلاً في القضايا الاستئناف المرفوعة أمام هيئة الاستئناف منذ عام ١٩٩٦ وحتى عام ٢٠٠٠ وعددها ٢٨ قضية ، فإن الدول النامية شاركت في ثمان عشرة قضية منها ، وأغلبية هذه القضايا مرفوعة من الهند ، البرازيل ، الأرجنتين ، جواتيمالا ، كوريا ، المكسيك ، راجع:

Julio Lacarte – Muro and Petina Gappah Developing Countries and the WTO ......

المقالة المشار إليها ، ص ٣٩٧ وما بعدها ،

وفي إحصائيات شاملة عن مساهمة الدول النامية في نظام تسوية المنازعات لمنظمة التجارة العالمية، راجع بصفة خاصة:

Thomas L. Brewer and Stephen Young, WTO Disputes and Developing Countries ....

المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة ، ص ١٧٣ وما بعدها ،

ويلاحظ أن هناك قرارات وتوصيات كثيرة صدرت من فرق التحكيم وهيئة الاستئناف الدائمة ضد دول كبرى ، ولعل أحدث المنازعات التي صدر فيها قرار ضد الولايات المتحدة الأمريكية هو نزاعها مع السوق الأوربية حول بعض الإجراءات الحمائية لاستيراد القمح والتي اتخذتها الولايات المتحدة في الأول من أكتوبر عام ١٩٩٧ بناء على قرار لجنة التجارة الدولية الأمريكية باقتراح من الرئيس الأمريكي ، وبموجب هذه الإجراءات الحمائية تم فرض قيود محددة في شكل قيود على كمية / كميات القمح المستوردة وبحيث تسري هذه القيود اعتباراً من الأول من يوليو عام ١٩٩٨ ، كما تم إعفاء كندا من هذه القيود – باعتبارها شريكة التجارة مع الولايات المتحدة طبقاً لاتفاق أمريكا الشمالية للتجارة الحرة – وكذلك بعض الدول الأخرى ، وادعت السوق الأوربية أن القيود الأمريكية بفرض هذه القيود الكمية على الاستيراد – قد خالفت المواد ١ و ١٩ من الاتفاق العام للتعريفة والتجارة لعام ١٩٩٤ (جات ٩٤)وكذلك المواد ١/٢ ، ٤ ، ٥ ، ٨ ، ١٢ من اتفاقية Safeguards ، ولقد قرر فريق التحكيم في ٣١ يوليو عام ٢٠٠٠ أن القيود التي فرضتها الولايات المتحدة وبالذات المادة ١/٢ والمادة ٢/٤ من اتفاقية Safeguards هي إجراءات مخالفة للاتفاقيات الملحقة باتفاقية منظمة التجارة العالمية ، وأوصى الفريق الجهاز أن يطلب من الولايات المتحدة سحب الإجراءات المخالفة وكذلك تعديل القيود التي أعطت ميزات معينة لكندا وخرق المادة ١/١٢ (أ) و (ب) من ذات الاتفاق ، راجع قرار فريق التحكيم :

United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS 166/R, 31 July 2000. =

تعاني منها الدول النامية تكمن في الحصـــول علـــى المـــوارد الماليـــة والكفـــاءات والخـــبرات البشـــرية للمســـاهمة فـــي عمليـــة تســـــوية المنازعات[٢٤٠]. فتكاليف اللجوء إلى نظام حسم المنازعات في منظمـــة التجارة العالمية باهظة للغاية ، وبما قد يحول في أحيان كثيرة من قيـــام بعض الدول النامية بمباشرة الإجراءات. ومع ذلك ، فإن مشكلة تدبـــير موارد اللجوء إلى آلية تسوية المنازعات لم يتم طرحها أثنـــاء مراجعـــة قواعد وإجراءات مذكرة التفاهم في الاجتماع الذي انعقد في الأول مـــن يناير عام ١٩٩٩. لذا لا يبقى للدول النامية إلا أن تعتمد على مواردهـــا الذاتية عند اللجوء إلـــى تســـوية المنازعـــات أمـــام منظمـــة التجـــارة العالمية[٢٤١].

=وقد أيدت هيئة الاستئناف في الثاني والعشرين من ديسمبر عام ٢٠٠٠ جانباً كبيراً من قـــرار فريق التحكيم حيث أوصت بما يلي:

"The Appellate Body recommends that the DSB request that the United States bring its Safeguard measure found in the Panel Report as modified by this Report, to be inconsistent with the Agreement on Safeguards, into conformity with its obligations under that Agreement".

راجع :

United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities – AB-2000-10, WT/DS 166/AB/R 22 December 2000 (Report of the Appellate Body published in Volume 13 No. 3 World Trade and Arbitration Materials, pp. 31-93 June 2001).

وبصفة خاصة في ص ٩٢.

(٢٤٠) في خطورة وتعقيدات هذه المشكلة ، راجع:

Asoke Mukerji, Developing Countries and the WTO: Issues of Implementation.....

المقالة المشار إليها ، وبصفة خاصة في ص ٦٩ وما بعدها.

وانظر أيضاً: الدكتور محمد أبو العينين، تقييم نظام تسوية المنازعات لمنظمة التجارة العالمية مـــن منظور الدول النامية ، المقالة المشار إليها ، ص ١٨ وما بعدها.

(٢٤١) راجع:

Asoke Mukerji, Developing Countries and the WTO: Issues of Implementation......

المقالة السابقة ، ص ٦٩ وما بعدها.

المراجـــع

أولاً : باللغة العربية :

١- الدكتور/ أبو العلا أبو العلا النمر ، الحماية الوطنية للملكية الفكرية في ظل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكيـــة الفكريـــة - جات ٩٤ (دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة النشر)٠

٢- الدكتور/ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي (دار الفكر العربي - ١٩٨١)٠

٣- الدكتور/ ثروت حبيب ، دراسة في قانون التجارة الدولية (١٩٧٥)٠

٤- الدكتور/ سمير محمد عبدالعزيز ، التجارة العالمية وجات ٩٤ (الناشـر مركز الإسكندرية للكتاب - ١٩٩٦)٠

٥- الدكتور/ محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي - دراسة في قـــانون التجارة الدولية (مذكرات لطلبة الدراسات العليا في القانون الخـــاص - جامعة القاهرة ١٩٧٣-١٩٧٤)٠

٦- الدكتور/ مختار أحمد بريري ، التحكيم التجـــاري الدولـــي ، دراســـة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم فـــي المـــواد المدنيـــة والتجارية (دار النهضة العربية- ١٩٩٥)٠

٧- الدكتور/ محمد أبو العينين ، تقييم نظام تسوية المنازعـــات لمنظمـــة التجارة العالمية من منظور الدول النامية ، بحث منشور فـــي مجلـــة التحكيم التي تصدر عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، العدد (٤) ،

ص ص ١٧-٢٢ (مايو ٢٠٠٠)٠

٨- الدكتور/ محمد حسام لطفي ، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكيـــة الفكريـــة (تريبس) من منشورات المنظمة العالمية للملكيـــة الفكريـــة (باللغـــة العربية) تحت رقم **Gill/IP/DUB/98/21** (١٩٩٧)٠

٩- الدكتور/ محمود سمير الشرقاوي ، التطورات الحديثـــة فـــي قـــانون التحكيم المصري- بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم - بـــيروت (مـــايو ١٩٩٩) - منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي - العـــدد التاسع ، ص ص ٥-١٤.

ثانيا : باللغة الإنجليزية :

أ - المقالات والأبحاث المتخصصة:

1. - Arvind Subramanian and Jayashree Watal, Can TRIPS Serve As An Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? Volume 3 No. 3 Journal of International Economic Law, pp. 403-416 (Oxford University Press-September 2000).

2. - Alan Wm. Wolf, Reflections on WTO Dispute Settlement, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 951-958 (1998).

3. - Albert Van Den Berg, The New York Arbitration Convention (1981).

4. - Andrew W. Shoyer and Heather G. Forton, Performance of the System II: Panel Adjudication – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 737-745 (Fall 1998).

5. - Asante, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, Volume 28 International and Comparative Law Quarterly p. 401 (1979).

6. - Asoke Mukeriji, Developing Countries and the WTO: Issues of Implementation, Volume 34 No. 6 Journal of World Trade pp. 33-74 (December 2000).

7. - C. Christopher Parlin, WTO Dispute Settlement: Are Sufficient Resources Being Devoted to Enable the System to Function Effectively?, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 863-870 (1998).

8. - Charles E. Roh, Jr.; John Kingery; Greg Mastel and James D. Southwick, Future Challenges: The Proposed Accession of China, Russia, and Others- Presentation Summary and Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer,

pp. 883-890 (Fall 1998).

9. - Dale E. McNiel, The First Case under the WTO's Sanitary and Phytosanitary Agreement: The European Union's Hormone Ban, Volume 39 No. 1 Virginia Journal of International Law, pp. 89-134 (Fall 1998).

10. - De Vries, International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, Volume 59 Tulane Law Review p. 42 (1982).

11. - Edwini Kessie, Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO, Volume 34 No. 6 Journal of World Trade pp. 1-17 (December 2000).

12. - E. Nwougu, The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries (1965).

13. - Frieder Rossler, Angela Ellard and Richard Elliot, Performance of the System (IV): Implementation – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 789-793 (Fall 1998).

14. - Gabrielle Marceau, A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement, Volume 33 No. 5 Journal of World Trade, pp. 87-152 (October 1999).

15. - Gary N. Horlick, The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution: A Private Practitioner's View, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 685-693 (Fall 1998).

16. - Georges A. Cavallier, A Call for Interim Relief at the WTO Level: Dispute Settlement and International Trade Diplomacy, Volume 22 No. 3 World Competition Law and Economics Review, pp. 103-139 (September 1999).

17. - Guillermo Aguilar Alvar, Ernest Ultrich Petersman and

Grant Aldonas, Future Challenges: New Substantive Areas – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 933-941 (Fall 1998).

18. - J. H. Reichman, Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement, Volume 29 No. 2 The International Lawyer, pp. 345-388 (Summer 1995).

19. - John H. Jackson, Julius L. Katz, Hugo Paemen and Alan Wm. Wolf, Round table and looking to the Future, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 943-949 (Fall 1998).

20. - John H. Jackson, Julius L. Katz, Hugo Paemen and Alan Wm. Wolf, Summary of Presentations, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 883-900 (Fall 1998).

21. - John H. Jackson, Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System: Introduction and Overview, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 613-617 (Fall 1998).

22. - John Linarelli, The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons from the Kodak – Fuiji Dispute, Volume 31 No. 2 Law and Policy in International Business, pp. 263-273 (2000).

23. - Judith H. Bellow & Alan F. Holmer, U.S. Trade Law and Policy Series No. 24: Dispute Resolution in the New World Trade Organization: Concerns and Net Benefits, Volume 28 No. 4 The International Lawyer, pp. 1095-1103 (Winter 1994).

24. - Judith H. Bellow & Alan F. Holmer, U.S. Trade Law and Policy Series No. 21: GATT Dispute Settlement Agreement: Inter-nationalization or Elimination of Section 301? Volume 26 The International Lawyer p. 795 (1992).

25. - Julio Lacarte – Muro and Petina Gappah, Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A View from the Bench, Volume 3 No. 3 Journal of International Economic Law, pp. 395-401 (September 2000).

26. - Mauricio Salas and John Jackson, Procedural Overview of the WTO-EC-Banana Dispute, Volume 3 No. 1 Journal of Inter-national Economic Law, pp. 145-165 (2000).

27. - Michael K. Young, Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyer's Triumph over Diplomats, Volume 29 No. 2 The International Lawyer, pp. 389-409 (Summer 1995).

28. - Oliver Stethmann, Export Subsidies in the Regional Aircraft Sector: The Impact of Two WTO Panel Rulings against Canada and Brazil, Volume 33 No. 6 Journal of World Trade, pp. 97-120 (December 1999).

29. - Paul Edward Geller, Intellectual Property in the Global Marketplace: Impact of the TRIPS Dispute Settlement? Volume 29 No. 1 The International Lawyer pp. 99-115 (Spring 1995).

30. - Paul Rosenthal, Scope for National Regulations – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 679-683 (Fall 1998).

31. - Peter Clark and Peter Morrison, Key Procedural Issues: Transparency – Comments, Volume 32 No. 3 The International lawyer, pp. 851-861 (1998).

32. - Petros C. Mavoridis, Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place, Volume 11 No. 4 European Journal of International Law, pp. 763-811 (Oxford University Press- December 2000).

33. - Richard I. Bernal, Debra P. Steger and Andrew L. Stoler, Key Procedural Issues: Resources – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 871-881 (Fall 1998).

34. - Robert E. Hudec, GATT / WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 619-649 (Fall 1998).

35. - Rufus H. Yerxa & Demetrios J. Marantis, Assessing the New WTO Dispute System: a U.S. Perspective, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 795-809 (Fall 1998).

36. - Rustel Silvester J. Martha, World Trade Disputes and the Exhaustion of Local Remedies Rule, Volume 30 No. 4 Journal of World Trade, pp. 107-130 (1996).

37. - Serge Frechette, C. Michael Hathway and Victor Do Prado, Performance of the System III: Appellate Body – Comments, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 747-753 (1998).

38. - Steve Charnovitz, Environment and Health under WTO Dispute Settlement, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 901-921 (Fall 1998).

39. - Terence P. Stewart and Mara M. Burr, The WTO Panel Process: An Evaluation of the First Three Years, Volume 32 No. 3 The International Lawyer pp. 709-735 (1998).

40. - Thomas L. Brewer and Stephen Young, WTO Disputes and Developing Countries, Volume 33 No. 5 Journal of World Trade pp. 169-182 (1999).

41. - Thomas E. Carbonneau, Arbitral Adjudication: a Comparative Assessment of Its Remedial and Substance Status in Transnational Commerce, Volume 19 Texas International Law Journal p. 32 (1984).

42. - Timothy M Reif and John R. Mangus, Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System, Co-Chair's Introduction, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 609-617 (Fall 1998).

43. - Timothy M. Reif and Marjorie Florestal, Revenge of the Push-Me, Pull-You: The Implementation Process under the WTO Dispute Settlement Understanding, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 755-787 (Fall 1998).

44. - Trading into the Future, WTO: The World Trade Organization (2nd edition, February, 1998 – written and published by the World Trade Organization).

45. - Venessa P. Sciarra, The World Trade Organization: Services, Investment, and Dispute Resolution, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 923-931 (Fall 1998).

46. - Vilaysoum Loungnarath & Céline Stehly, The General Dispute Settlement Mechanism in the North American Free Trade Agreement and the World Trade Organization System, Volume 34 No. 1 Journal of World Trade, pp. 39-71 (February 2000).

47. - Warran H. Maruyama, A New Pillar of the WTO: Sound Science, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 651-677 (1998).

48. - Whitney Debevoise, Access to Documents and Panel and Appellate Body Sessions: Practice and Suggestions for Greater Transparency, Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 817-849 (1998).

49. - William J. Davey, The WTO Dispute Settlement System, Volume 3 No. 1 Journal of International Economic Law, pp. 15-18 (March 2000).

50. - William J. Davey and Amila Proges, Performance of the System I: Consultations & Deterrence – Comments,

Volume 32 No. 3 The International Lawyer, pp. 695-707 (1998).

51. - Young-Shik Lee, Review of the First WTO Panel Case on the Agreement on Safeguards (Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products and Its Implications for the Application of the Agreement, Volume 33 No. 6 Journal of World Trade, pp. 27-46 (December 1999).

ب - قرارات وتوصيات فرق التحكيم وهيئة الاستئناف الدائمة لمنظمة التجارة العالمية:

1- Appellate Body Report on United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, 20 May, 1946 WT/DS 2.

2- Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut, WT/DS 22/R, 278 (October 17, 1996).

3- Canada – Certain Measures Concerning Periodicals – Report of the Panel, WT/DS 31/R (March 14, 1997).

4- Canada – Certain Measures Concerning Periodicals – AB 1997–2–Report of the Appellate Body, WT/ DS31/AB/R (June 30, 1997).

5- Canada- Term of Patent Protection, AB-2000-7, WT/ DS/70 /AB/R18 September 2000 (Volume 12 No. 6 World Trade and Arbitration Materials, pp 5 – 30, November 2000).

6- EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)- Complaint by the United States- Report of the Panel, WT/DS 26/R/ USA (August 18, 1997).

7- EC- Measures Concerning Meat and Meat Products

(Hormones) AB-1997-4- Report of the Appellate Panel, WT/DS 26/AB/ R (January 16, 1998).

8- European Communities – Regime for the Importation, Sale, and Distribution of Banana – AB- 1997- 3, WT/DS 27/AB/R 1- 107 (September 9, 1997).

9- India- Patent Protection for Pharmaceuticals and Agricultural Chemical Products, WT/DS 50/AB/R 94 (December 19, 1997).

10- Japan- Taxes on Alcoholic Beverages Arbitration under Article 21 (3) (c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WT/DS 8/15/ WT/DS 10/ WT/DS 11/13 (February 14, 1997).

11- Julio Lacarte- Muro, Japan- Taxes on Alcoholic Beverages, Arbitration under article 21 (c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WT/DS 8/15 (February 14, 1997).

12- Said El-Naggar (Arbitrator), European Communities- Regime for the Importation, Sale, and Distribution of Bananas- Arbitration under Article 21.3 (c) of the Understanding and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WT/DS 27/15 at 6 (January, 1998).

13- United States- Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India- Report of the Panel, WT/ DS 33/ R (January 6, 1997).

14- United States- Measures Affecting Imports of Woven Shirts and Blouses from India – AB, 1997-1- Report of the Appellate Body, WT/DS/33 /AB/R (April 25, 1997).

15- United States- Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fiber Underwear- Report of the Appellate Body WT/DS/24/ AB/R (February 10, 1997).

16- United States- Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fiber Underwear- Report of the Panel, WT/DS/ 24/R (November 8, 1996).

17- United States- Standards of Reformulated and Conventional Gasoline- Report of the Panel, WT/DS2/R (January 29, 1996).

18- United States- Standards of Reformulated and Conventional Gasoline- Appellate Body Report and Panel Report- Action by the Dispute Settlement Body, WT/DS 2/9 (May 20, 1996).

19- United States- Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities, WT/DS 166/R, 31 July 2000.

20- United States- Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities – AB- 2000-10, WT/DS 116/ AB/R 22 December 2000 (Report of the Appellate Body- published in Volume 13 No. 3 World Trade and Arbitration Materials, pp. 31-93, June 2001).

فهرس

المسـؤوليـة الجنـائيـة

الناشئة عن نقل الدم

" دراسة مقارنة "

الدكتور

ممدوح خليل البحر

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية القانون / جامعة الشارقة

المقـدمـــة

لقد خطت العلوم الطبية على اختلاف أهدافها وتخصصاتها خطوات كبيرة في التطور العلمي بحيـــث استطاع الأطباء معرفة أغوار الجسم البشري ومعالجة ما كان في منتهى الصعوبة إن لـــم نقـــل مـــن المستحيل عند الأقدمين.

ومن الطرق العلاجية التي توصل إليها الطب الحديث والتي لها صلة مباشرة بحياة الإنســـان أثـــارت اهتماما واسعا في مختلف الأوساط الطبية والدينية والاجتماعية والقانونية عملية نقـــل الـــدم ، حيـــث استرعى الدم انتباه الناس منذ القدم على أساس أنه سببا من أهم أسباب الحيـــاة ، ذلـــك لأن الملاحـــظ دوما أن الإنسان يفقد حياته بفقدان دمه ، وقد ازداد اللجوء إلى المعالجة به في أيامنـــا هـــذه بصـــورة خاصة ، فلم تعد عملية نقل الدم مقصورة على بعض حالات الإسعاف والجراحة والولادة فحسب بـــل تجاوزتها إلى فروع الطب والجراحة الأخرى ، ولم يعد أمر إعطاء الدم مقتصرا على المستشفيات بـــل أصبح يعطى الدم للجرحى في المعارك باعتباره أساس الحياة والقوة اللازمة لاستمرارها .

لكن الإهمال واللامبالاة بالمسؤولية من جانب العاملين في مجال نقل الدم وحفظه يـــهدد أن بإمكانيـــة إصابة أي فرد بوباء الإيدز أو غيره من الأمراض المعدية بسبب عمليات نقل الدم والعـــدوى الناتجـــة عن عدم اتباع الأصول العلمية الواجبة لتحليل الدم للتحري عن سلامته قبل نقله أو أخذه من متـــبرعين سبق لهم أن أصيبوا بأمراض التهاب الكبد والسفلس أو الشاذين جنسيا أو المدمنين على المخـــدرات . وقد استخدمت عملية نقل الدم وسيلة وأداة فعالة بيد المجرمين لارتكاب جرائم القتل والإيـــذاء العمـــد بدلا من كونها وسيلة علاجية تعيد للمريض بعد إتمامها إلى مزاولة نشاطه وحياته بصورة طبيعية .

لهذا أصبحت عملية نقل الدم أخيراً مجالا خصباً ليس فقط للمؤتمرات الطبية والفقهية ، وإنما لكونـــها أيضا أحد الموضوعات الحديثة في فقه القانون الجنائي والمدني والإداري.

المبحث الأول

الماهية القانونية لعملية نقل الدم

المطلب الأول

تاريخ وأساس عملية نقل الدم

منذو قديم الزمان اعتبر الدم أساس الحياة والقوة ، واعتقد الأطباء منذ قرون مضت أنه إن أمكن نقل الدم من شخص سليم إلى شخص مريض لأدى ذلك إلى شفائه وإنقاذ حياته . لذلك قام الأطباء في القرون الماضية بعدة محاولات لنقل الدم من شخص إلى آخر محتاج إليه لثقتهم بأن ذلك يؤدي إلى شفائه .

لذلك قام بعض الأطباء بالمحاولات الأولى في عمليات نقل الدم ، حيث وجدت العديد من الكتابات في العصور القديمة التي تتحدث عن إعطاء الدم بواسطة الفم ، حيث كانت أقدم محاولة علاجية معروفة هي عبارة عن جهد لإنقاذ حياة (البابا أنو شنسيوس الثامن) وكان ذلك ١٤٩٢م وذلك بجعله يشرب دم ثلاثة من الصبيان الأصحاء حيث توفي المتبرعون الثلاثة ([1]) .

وقد كان الطب العلمي في مجال عمليات نقل الدم آنذاك يعتمد على الأفكار التي كانت سائدة لدى الناس والتي تعتبر نقل الدم من الشباب الأصحاء إلى العجزة هي وسيلة من وسائل شفائهم من أمراض الشيخوخة.

وفي عام ١٦٦٧م أجرى (Jean-Denis) أول عملية نقل دم إلى شخص مريض وذلك باستخدام دم حمل وهذه الحالة تعتبر أول عملية نقل دم من الحيوان إلى الإنسان ، وعلى أثر ذلك حدث له رد فعل سلبي وألم في الكليتين الأمر الذي جعل هذا الوصف الهام لأول رد فعل على نقل دم في العالم تمهيدا لمرحلة الصراع الذي لا يزال دائرا حتى يومنا هذا لإيجاد الموازنة السليمة بين نقل الدم المنقذ للحياة والمضاعفات المهددة الحياة والناتجة عن نقل الدم غير المطابق([2]).

وفي القرن الثامن من عشر ظهر تقدم واضح في عمليات نقل الدم بناءً على التجارب التي أجريت على الحيوانات .

وفي عام ١٩٠٠ أجرى العالم (Land – Steiner) تجارب على الدم البشري حيث توصل إلى أن الدم البشري ينقسم إلى ثلاث مجموعات هي :-

١. مجموعة (O)   ٢. مجموعة (B)   ٣. مجموعة (A)

وأكد هذا العالم على ضرورة معرفة الفصيلة الدموية وإجراء التوافق من أجل أن تكون عملية نقل الدم مجدية وغير ضارة ، وكان نجاح العمليات الجراحية في جبهات المعارك هو أحد التطورات الطبية العظيمة في الحرب العالمية الثانية والتي تعد الدافع الرئيسي لظهور خدمات نقل دم واسعة النطاق ، حيث تم من خلالها فهم واستيعاب هذه العملية بصورة واضحة وجيدة ، حيث ظهرت خدمات ومؤسسات نقل الدم في جميع أنحاء

---

[1] - Marshall Merlin and Bird Thomas Blood Loss and replacement1979. P.21

[2] - A ALA FEREYDOUN and EL Nageh Mohammed blood transfusion A basic Text World Health organization Regional office the Eastern Mediterranean Alexandria Egypt 1994.p.1

العالم في نهاية الأربعينات ، بحيث شكلت أول جمعيات جمع الدم للاستخدام المدني وعلى نطاق واسع حيث تم إدخال اختبارات محددة في بداية السبعينات للكشف عن المتبرعين الحاملين لفيروس التهاب الكبد (B).
ثم أدخلت في نهاية الثمانينات اختبارات جديدة للكشف عن الالتهابات وأنواع العدوى القابلة للانتقال عبر عمليات نقل الدم إلى المتلقي ومنها فيروس نقص المناعة البشرية (HIV) والتهاب الكبد الفيروسي من نوع (C) ([1]) .

المطلب الثاني

حكم نقل الدم في الأديان السماوية

من المعلوم أن الدم هو عبارة عن سائل حيوي تسبح فيه خلايا ضرورية للحياة ولا يمكن الاستغناء عنها وإن للدم عدة وظائف ذلك باعتباره سائل الحياة والقوة الدافعة للجسم ، وتشكل الكريات الحمراء والبيضاء والصفائح الدموية بنسبه تتراوح بين ٤٠-٥٠ من مجموع حجمه وما تبقى منه يدعى البلازما . فهو سائل خاص يوجد بالجهاز الدوري بالجسم لونه أحمر لوجود الخضاب الذي يضفي على الدم هذا اللون ، ويكون لونه في الشرايين فاتح لوجود الأوكسجين فيه أما في الأوردة فلونه أحمر غامق لوجود ثاني أوكسيد الكربون([1]).

الفرع الأول

في الديانة المسيحية

المسيحية لا تحرم عملية نقل الدم لأنها لو حرمت نقل الدم لحرمت إجراء عمليات الجراحة و العلاج الطبي وتحليلات الدم للفحوص المختلفة والتي تجري في المختبرات والعيادات والمستشفيات لكن لا يجوز نقل الدم بشكل مطلق لأن النقل يكون هادما للمفاهيم المسيحية المتعلقة بالجسم البشري . ونقل الدم بدون ضوابط معينة يجعله كذلك ، فالنقل المباح هو ذلك النقل الذي يتم من أجل بناء الجسم البشري وشفاءه وزيادة قدرته على العطاء الإنساني وتحريم نقل الدم الذي يتم من أجل تحقيق هدف صحي بحت مناقض للغاية التي تنادي بها الرسالة المسيحية بإعلانها قداسة الجسم البشري([2]) .

---

1 - A.ALA Ferey doud and El.Nageh Mohammed ,op.cit..p2

٢ – الأستاذ وجيه خاطر ، نقل وزرع أعضاء الجسم البشري /دراسة نظرية وقانونية لنقل الأعضاء والأنسجة من جسم إلى آخر ، مجلة المحامون السورية /عدد١-٦ سنة١٩٨٨، ص٦٣٨ وما بعدها .

إلا أن هناك فئة مسيحية تحرم نقل الدم ويطلق عليها: (شهود يهوذا) وحركة الشهود هذه منعـت نقـل الـدم واصبح أخذ الدم سبباً للطرد من الحركة عام ١٩٦١ ، بينما في السابق كان تسلم الدم أو عدم تسليمه متروكـا لحرية كل واحد وضميره وذلك في سنة ١٩٥٨ ، فهم يعتبرون نقل الدم بمثابة أكل للدم . والحجة التي يسـتند إليها (شهود يهوذا) في تحريمهم لنقل الدم قولهم " أليس صحيحا أن المريض عندما يكون غـير قـادر علـى تناول الطعام بفمه غالبا ما يوصي الطبيب بتغذيته بنفس أسلوب نقل الدم؟ فالامتناع عن الدم هو ما أمـر بـه الكتاب المقدس . ويعني ذلك إذا أمركم الطبيب بالامتناع عن الكحول ، هل يعني ذلك حقا انه لا يجب عليكـم أن تتناولوه بفمكم ولكنكم تستطيعون نقله مباشرة إلى عروقكم؟ طبعا لا . " وبهذا فإن الامتناع عـن طريـق تناوله أو عن طريق العروق والشرايين([1]). ورد على هذا الاعتراض الصادر من تلك الفئة المسيحية أو التـي تدعي بأنها مسيحية على حد قول بعض المسيحيين ، هذه النظرية تضحك الطب وتبكي المهددين بالموت.

الخلاصة: أن الدين المسيحي يحث الإنسان إلى بذل الذات كاملا في سبيل من يحـب، وبـهذا تكمـل الحيـاة وتتجلى المحبة في أسمى بهائها وأسمى ذروتها . فقيام الإنسان بأعمال صغيرة أو كبيرة من المشاركة تـثري الحياة في وجهها الحضاري الصحيح ، ومن هذه الأعمال التبرع بالدم ، إذا تم هذا التبرع بمقتضـى القواعـد الأخلاقية بما يحقق للمرضى اليائسين فرصة جديدة للشفاء ولاستعادة الصحة بل الحياة([2]) .

الفرع الثاني

في الشريعة الإسلامية

من المعلوم أن الدين الإسلامي ديناً شاملا يلبي جميع حاجات البشر، فهو يقدم حلولاً شافية لكل ما يخطر ببال الإنسان من الأسئلة و الاستفسارات . وبسبب التقدم الذي حققه علم الطب في الوقت الحاضر و نتيجة لهذا التقدم ظهرت مسائل علمية لم يتعرف لها الفقهاء المسلمون الأوائل لأنها لم تكن في زمنهم ومن غير الممكن معرفتها أو الاستدلال عليها و أصبحت اليوم حقائق بل وقائع ملموسة تحتاج إلى بيان حكم الشرع فيها ، مما دفع العلماء في العصر الحاضر أن يشمروا عن ساعد الجدُ للوصول إلى حكم شرعي ومن هذه الأمور(نقل الدم).

فنقل الدم إلى المريض يعتبر ضروريا لا يمكن للإنسان الاستغناء عنه. لان حياة المريض تكـون مسـتحيلة بدونه خاصة وأن الدم لا يمكن استحضاره صناعيا حيث لا يزال العلم عاجزا ، و في الوقت نفسـه لا يمكـن

[1] - الأب يعقوب سعادة بمشاركة الأب بيتر مدروس ، الجواب من الكتاب /الطبعة الأولى/ منشورات المكتبة البوليسية /١٩٩٥ ص ٢٩٩.

[2] - يوحنا بولس الثاني /رسالة عامة /إنجيل الحياة من الحبر الأعظم يوحنا بولس الثاني /نشرت بعناية المجمع المقدس للكنائس الشرقية /الفاتيكان /منشورات الاسقفة لوسائل الأعلام /جل الديب -لبنان /ص١٦٩ وما بعدها

الاستفادة من دماء الحيوانات لسد النقص لدى الإنسان و ذلك لاختلافـهما فـي الطبيعـة ، حيـث أن دمـاء الحيوانات تحتوي على مواد بروتينية تختلف من الناحية البيولوجية عن بروتينات الدم البشري ([1]) .
إذا لابد من استعمال دم الإنسان لأجل إنقاذ حياة إنسان أخر , وهذه الحقيقة توصل إليها العلماء المسلمون عنـد بيانهم لحكم نقل الدم ، مستمدين في بحثهم بمبادئ الشريعة الإسلامية و قواعدها العامة التـي توجـب حفـظ النفس و رفع ما يلحق بها من ضرر أو حرج أو مشقة وما يحقق لها من الأمن و الطمـأنينة([2]). فمـا هـو **الحكم الذي توصل إليه الفقهاء المسلمين بشأن نقل للمريض من شخص لآخر ؟ وما هو حكم التبرع بالدم ؟ و ما هو حكم بيعه ؟**

القاعدة العامة في الشريعة أن الدم حرام و نجس ولا يجوز شربه ولا الانتفاع به , و هذا التحريـم ورد فـي القران الكريم لقوله تعالى : "حرمت عليكم الميتة و الدم ولحم الخنزير.."([3]). ولقوله تعالى: " قل لا أجد فـي ما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتةً أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير"([4])، فلا خلاف بيـن الفقهاء في نجاسة الدم بعد انفصاله عن موضعه ويسمى بالدم المسفوح أو الدم المراق ، وقد أشار إلـى هـذا الإجماع ابن حزم الظاهري فقال" اجمعوا على أن الدم المسفوح حرام"([5]).

أما الدم المأخوذ بواسطة الحقنة فلا يعتبر دما مسفوحا وبالتالي لا يأخذ حكمه من حيث النجاسة ([6]) .

موقف الشريعة الإسلامية من نقل الدم:

الأصل حرمة الإنسان وبالتالي حرمة أجزاء الإنسان إلا لتحقيق ضرورة ، فـإذا ثبـت أن رعايـة مصلحـة المريض في سلامة نفسه وجسده تقتضي نقل الدم إليه ولا يوجد دواء يقوم مقامه ، فإن هذا جائز شـرعاً وإن كانت أعضاء الإنسان من المحرمات ، ذلك أنه يجوز اتخاذها وسيلة للعلاج في حالة الضرورة إبقـاء لحيـاة الإنسان وحفاظاً على الصحة كما هو الحال بجواز تناول المحرمات في حالة الاضطرار. فالشارع الإسـلامي أجاز ترك الواجب وفعل المحرم إذا وجد اضطرار مرضي لرفع الحرج عن المريض ([7]).

أما إذا توقف شفاء المريض أو المصاب وإنقاذ حياته من الموت على نقل الدم ولا توجد طريقة أخرى مباحـة تحل محلها في شفائه وإنقاذ حياته جاز نقل الدم إليه بلا شبهة سواء من المسلم أو من غير المسلم وكذلـك إذا

---

[1] - انظر مقالة للدكتور محمود علي السرطاوي بعنوان (Text of Islamic Roles)A-ALA
Fereydounand el nageh Mohammed blood transfusion A basic Text World Health organization Regional office the eastern Mediterranean Alexandria ,Egypt , 1994.p.164 .

[2] - د. محمود السرطاوي، المرجع السابق ، ص ١٦٤.

[3] - الآية (٣) من سورة المائدة .

[4] - الآية (١٤٥)من سورة الأنعام.

[5] - رأفت محمد أحمد/ أحكام العمليات الجراحية ، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي /دار النهضة العربية /مصر القاهرة ١٩٩٦، ص ٥٨.

[6] - الدكتور محمود السرطاوي ، المرجع السابق ، ص١٦٧.

[7] - أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية /الطبعة الثانية /١٩٨٧، ص١٠٣ وما بعدها.

توقف على عملية نقل الدم سلامة عضو وقيام هذا العضو بما خلقه الله له جاز نقل الدم إليه استثناء من القاعدة العامة([1])، حيث قال سبحانه وتعالى "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لا إثم فإن الله غفور رحيم "([2]). وقوله تعالى :"وقد فُصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"([3]). وبهذا إذا كان إعطاء الدم للمريض ضرورياً لرفع الضرر عنه وإنقاذ حياته كان حكمه في الشريعة الإسلامية واجبا حفظاً للنفس وعملاً بالقواعد الشرعية (الضرر يزال) و(الضرورات تبيح المحظورات) و(الضرورة تقدر بقدرها) و(الحاجة تنزل بمنزلة الضرورة) ، وكذلك عملا بقواعد التكافل الاجتماعي التي يدعو إليها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، لذلك فإذا كان التدواي بالدم واجبا فإن خزنه وإعداده لوقت الحاجة واجبا كذلك لأن ما لا يتم الواجب به فهو واجب .فالحوادث كثيرة وتحتاج إلى معالجة سريعة ولا يمكن أن تتم إلا بتوفر وحدات كافية من الدم في بنوك الدم المعدة لهذا الغرض ([4]). أما إذا لم يتوقف على نقل الدم شفاء المريض وإنما توقف عليه فقط تعجيل شفاء المريض ، فيجوز نقل الدم في هذه الحالة ، على أحد الوجهين عند الحنفية وجائز عند فقهاء الشافعية([5]). وقد جاء في كتاب الفتاوى الهندية في الباب الثامن عشر على أنه : " يجوز للعليل شرب الدم والبول وأكل الميتة للتداوي إذا اخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه".

حكم التبرع بالدم في الشريعة الإسلامية :

التبرع بالدم فرض كفاية فإذا قام به البعض من الناس وكانت الكمية المتبرع بها تسد حاجة المرضى والمصابون سقط الإثم عن الباقين . ففي الحديث النبوي الشريف: " من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كربات يوم القيامة" . وقوله تعالى في إحياء النفس المعصومة:" ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا"([6]). وإحياء النفس يكون بإنقاذها من أسباب الهلاك وهو ما ينطبق على نقل الدم إلى مريض من إنسان سليم خالي من الأمراض.

وقد يكون التبرع واجباً عينياً كما لو وجد مريض فصيلة دمه نادرة وتتفق مع فصيلة دم شخص آخر ولا ثالث لهما من نفس الفصيلة. وقد أجاز قسم من الفقهاء التبرع بالدم ونقله إلى مريض قياسا على الحجامة ، فقد ورد في الأحاديث الصحيحة الاستطباب بالفصد والحجامة، فقال -صلى الله عليه وسلم- : الحجم انفع ما تداوى به الناس" وقال :"إن كان في شيء من أدويتكم خير ففي شرطة محجم"([7]).

فإذا ما أجيزت الحجامة فالتبرع بالدم جائز من باب أولى، لأن الحجامة معناها مص الدم من جسم الإنسان لغرض التداوي . فالمصلحة الاجتماعية توجب إنقاذ حياة المريض وهي مصلحة واجبة الرعاية .

---

[1] - الفتوى رقم(٤٩٢) الصادرة من لجنة الفتوى بالأزهر الشريف /المجلد رقم ٢٠/ العدد الثامن/سنة١٣٦٨/ص٧٤٣/انظر أيضا الدكتور أحمد شرقي أبو خطوة /القانون الجنائي والطب الحديث/١٩٨٦/ص٤٧.

[2] - الآية(٣) من سورة المائدة.

[3] - الآية (١١٩)من سورة الأنعام.

[4] - الدكتور صاحب الفتلاوي /التشريعات الصحية/ط١/دار الثقافة/عمان الأردن/١٩٩٧ ص١٣٣.

[5] - محمد عبد الظاهر حسين /مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم /دار النهضة العربية/١٩٩٥ ص٢٣

[6] - الآية (٣٢) من سورة المائدة.

[7] - الدكتور محمود السرطاوي/المرجع السابق/ص١٦٦.

ذلك لأن الشريعة الإسلامية تحث على الإيثار والتضحية ، فإذا كان هناك تعارض بين الأدلة التي تبيح أو تحرم نقل الدم يلجأ الفقهاء إلى الترجيح بين هذه الأدلة ، واستنباط الحكم من القواعد الكلية في الفقه الإسلامي كقاعدة التدرج بين المصالح والمفاسد وقاعدة تحصيل المصالح ودرء المفاسد.

أما إذا كانت عملية نقل الدم ستؤدي إلى إصابة المتبرع بضرر فاحش لا يتناسب مع الضرر الذي سيزال من المتبرع له كأن يؤدي نقل الدم إلى موت المتبرع أو إصابته بمرض لا يمكن شفاءه منه أو أن شفاءه سوف يكون صعباً فلا يجوز التبرع بالدم [1] استنادا لقوله تعالى:" ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة[2] " .

وقوله تعالى:" ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما"[3] . أما إذا كان التبرع بالدم سيؤدي إلى إصابة المتبرع بضرر خفيف ، أخف من الضرر الذي سيزال من المريض الذي يحتاج إلى الدم لإنقاذ حياته ، فإن التبرع بالدم في هذه الحالة يكون مباحاً تطبيقاً للقاعدة الفقهية :" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[4] .

حكم بيع الدم في الشريعة الإسلامية:

حرم الفقهاء المسلمون بيع الدم والاستفادة من ثمنه، لأنه في عقد البيع يجب أن يكون محل العقد طاهراً منتفعاً به وهذا ما لا يتحقق في بيع الدم وذلك لنجاسته وبالتالي عدم صلاحيته لأن يكون محلا للبيع شأنه في ذلك شأن الميتة[5].كما استند الفقهاء في مسألة تحريم بيع الدم إلى أن البيع مبادلة مال بمال والدم كالميتة ليس بمال ، ولذا كان التعامل به باطلا[6].

ويستدل على حرمة بيع الدم من قوله تعالى:"إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم"[7] . فالتحريم في الآية الكريمة واضح ومنها الدم . وفي السنة النبوية فقد روي عن أبو داود عن ابن عباس قال:" إن الله إذا حرم على قوم شيئاً حرم عليه ثمنه" ، وروى البخاري:" إن النبي –صلى الله عليه وسلم–نهى عن ثمن الكلب وثمن الدم" ، مما يدل على حرمة بيع الدم[8].

وقد جاء في فتوى المجمع الفقهي/ الدورة الحادية عشر من ١٣-٢٠رجب ١٤٠٩هـ الموافق ٢٦فبراير سنة ١٩٨٩ أنه:" أما حكم أخذ العوض ثمن الدم ، وبعبارة أخرى بيع الدم فقد رأى المجلس أنه لا يجوز لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير ، فلا يجوز بيعه وأخذ عوض

---

[1] : محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم /المرجع السابق ص١٩.

[2] : الآية(١٩٤) من سورة البقرة.

[3] : الآية (٢٨) من سورة النساء.

[4] : محمد عبد الظاهر حسين/المرجع السابق/ص ٢٠.

[5] : رأفت محمد أحمد حماد، المرجع السابق، ص٥٩.

[6] : الدكتور صاحب الفتلاوي، المرجع السابق، المرجع السابق ، ص١٢٧.

[7] : الآية (١٧٣)من سورة البقرة.

[8] : رأفت محمد أحمد ، المرجع السابق، ص٥٩ ، وما بعدها.

عنه"([1]).كما أجمع الفقهاء المسلمون على أن الدم المسفوح حرام " وقال ابن حجر وهو حرام إجماعاً أعني بيع الدم واكل ثمنه"([2]) .

الفرع الثالث

الأساس القانوني لعملية نقل الدم

في فرنسا: أدت عمليات فشل نقل الدم من الحيوانات إلى البشر إلى وفاة كثير من الناس ، مما أدى إلـــى أن يقوم المشرع الفرنسي بإصدار قانون يحرم إجراء عمليات لنقل الدم وكان ذلك عام ١٦٦٨م ، وبالتالي يتحمــل المسؤولية من يقوم بإجرائها وذلك لمساسها بجسم الإنسان . حيث صدر قرار عام ١٦٧٠م بمنع جميع عمليات نقل الدم ، وبقي هذا المنع (منع وتجريم عمليات نقل الـــدم) قرابـــة (١٥٠) ســـنة ، إلـــى أن قـــام الأســـتاذ (BLENDE) وكان ذلك عام ١٨١٨م بأول عملية لنقل الدم ناجحة من شخص لآخر ، حيث صدر في ذلـــك العام قانون يبيح عمليات نقل الدم([3]). وفي عام ١٩٠٥ م صدر قانون في فرنسا يشتمل على جميـــع الأحكـــام المتعلقة بغش المواد الطبية والحيازة وبيع المواد الطبية المغشوشة والتي تكون قابلة للتطبيق علـــى تحضـــير وحيازة وتسليم الدم البشري ومصله ومشتقاته بصورة مجانية أو بمقابل([4]).

وفي عام ١٩٥٢ صدر القانون الفرنسي الخاص بتنظيم عمليات نقل الدم وحفظـــه ، حيـــث عـــالج مختلـــف العمليات التي ترتبط بالاستعمال الطبي للدم البشري ومصله ومشتقاته الأخرى. كما حرص المشرع الفرنســـي على تحديد أدوار وميادين تخصص مؤسسات نقل الدم ومؤسسات الرعاية وذلك بهدف تعزيز تعاونهم وتـــأمين إشراف طبي على المتبرعين والمتلقين. والامتثال لقواعد الممارسة الجيدة في السيطرة على منتجات التبرعـــات والإشراف أثناء إجراء عملية نقل الدم مع الالتزام بالسرية المطلقة([5]).

حتى صدور قانون رقم ٩٣/٥في ٤ كانون الثاني ١٩٩٣ بشأن السلامة في ميدان نقل الدم النافذ حاليا([6]).

وفي جمهورية مصر العربية فإن القانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٦٠ قد أباح عملية نقل الدم مـــن المتـــبرع إلـــى المتبرع له، في حين أن المشرع العراقي لم ينظم عملية نقل الدم بقانون خاص بذلك كما في مصر وفرنسا بل ترك الأمر وفقا للقواعد القانونية العامة ، حيث تعتبر المادة (٤١) الفقرة الثانية من قانون العقوبـــات العراقـــي السند القانوني لعملية نقل الدم بالنسبة للمريض كأي عمل طبي آخر يتم لمصلحة المريض إنقاذاً لحياته.

---

[1] : رأفت محمد أحمد ، المرجع السابق، ص٥٩.

[2] : رأفت محمد أحمد ، المرجع السابق، ص ٦٣.

[3] : Marshall Merlin and Bird Thomas, op.cit.p-12.

[4] :Rousselet Marcel (and others) Driot penal special edition entierement refondue et mise jour 22 rue,soufflot Paris, v.1972.p.356.

[5] : Circular DH/DGS/3B.NO.47of 15jan 1992 on the follow up.transfusion safety between blood transfusion establishment and care establishments(int.digestof the health legislation 1992,vol43.no2,p.282)

[6] : Law no,93-5 of 4 January 1993 on safety in the field of blood transfusion and in regard to medicaments (international digest of health legislation 1993 vol.44,no2.p.236)

أما السند الذي يجب اعتماده لتكييف انعدام مسؤولية الطبيب في مجال التبرع بالدم حيث كان محل نقاش وخلاف بين فقهاء القانون الجنائي فذهب بعضهم إلى أن أساس انعدام مسؤولية الطبيب يعود إلى حالة الضرورة ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أساس انعدام المسؤولية يعود إلى المصلحة الاجتماعية.

وهذا ما سوف نوضحه تباعاً .

أولا: حالة الضرورة: وتتحقق هذه الحالة عندما يجد فيها الشخص نفسه أو غيره أمام خطر حال ومحدق وليس باستطاعته تفاديه إلا بارتكاب الجريمة ، حيث نصت المادة (٦٤) من قانون العقوبات الاتحادي بقولها:" لا يسأل جنائيا من ارتكب جريمة ألجأته إليها الضرورة وقاية نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله من خطر جسيم على وشك الوقوع ولم يكن لإرادته دخل في حلوله...." وهو ما نصت عليه المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي بقولها :" لا يسأل جنائيا من ارتكب جريمة ألجأته إليها الضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى..([1])"

وقد عرف فقهاء القانون الجنائي حالة الضرورة : بأنها مجموعة الظروف التي تهدد شخصا أو تهدد غيره بخطر جسيم محدق يقع على النفس أو على المال وتوحي إليه في ذات الوقت بطريق الخلاص منه أو تفاديه ولا يكون هذا الطريق إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة.التي من شأنها دفع الخطر الحال .

وقد اعتبرت حالة الضرورة أساساً شرعياً للعمل الطبي عامة ولبعض الأعمال الطبية الحديثة بصورة خاصة([2]).مثل عمليات نقل الدم وزرع الأعضاء البشرية باعتبار أن العمل الطبي يمس بجسد الإنسان والذي قد يمتد هذا المساس إلى استئصال عضو أو زرع آخر بدله استنادا إلى حالة الضرورة التي يواجهها الطبيب باعتبارها الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر وذلك بإحداث ضرر أقل([3]).خاصة وأن ليس هناك أي اعتراض على الاتفاقيات التي تترتب على المساس البسيط والمؤقت بجسم المتبرع من أجل مصلحة المتبرع له طالما أن المتبرع الذي يتحمل هذا الضرر يستهدف به تفادي ضرر أكبر بالنسبة للغير الذي يكون بحاجة ملحة لهذا النقل([4]) .

أما أساس انعدام مسؤولية الطبيب القائم بعملية نقل الدم في ظروف ضرورية قصوى ، فقد تعددت الآراء ما بين اعتباره واقعا تحت تأثير إكراه معنوي نشأ عن حالة الضرورة ، وما بين انتفاء القصد الجنائي في عمله ونيته في معالجة المريض بدواعي إنسانية([5]) .

الخلاصة : يمكن القول بعدم صلاحية حالة الضرورة كسند قانوني لعملية نقل الدم بالنسبة للمريض ، وعدم صلاحيتها أيضا كأساس قانوني لعملية التبرع بالدم وذلك لتخلف شرط مهم وهو وجود خطر جسيم وشيك

---

[1] : تقابلها المادة (٦١) من قانون العقوبات المصري.

[2]: أحمد محمود سعد ، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة /موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية/١٩٨٧/ص٣٤.

[3]: راسم مسير الشمري/حالة الضرورة في قانون العقوبات /دراسة مقارنة /رسالة دكتوراه/ جامعة بغداد /١٩٩٥ ص٨٧ وما بعدها.

[4]: أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، المرجع السابق،ص ٣٥.

[5] الدكتور أحمد شوقي عمر/المرجع السابق /ص ٣٦ وما بعدها.

الوقوع يتطلب من الطبيب التدخل على وجه السرعة لإجراء عملية سحب الدم من المتبرع ، لأن نظام خزن الدم ومشتقاته هو النظام المتبع في جميع بنوك الدم والذي بموجبه يتم سحب الدم من المتبرعين الذين يتوافدون إلى بنك الدم بشكل طوعي للتبرع بدمائهم وإجراء الفحوص المخبرية على كميات الدم المسحوبة وذلك لغرض حفظها واستعمالها عند الحاجة . فاستعمال الحق هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه عملية نقل الدم على أساس أنها صورة من صور النشاط الطبي ، لذلك تعتبر المصلحة الاجتماعية هي الأساس القانوني لعملية التبرع بالدم.

ثانيا: المصلحة الاجتماعية: يمكن القول أن عمليات نقل الدم إذا كان هدفها العلاج للمريض فإن أساسها يكون بلا شك تصريح القانون بالعمل الطبي وهي لا تعد كذلك بالنسبة لمن ينقل منه الدم وذلك لتخلف شرط من شروط هذا الترخيص ، وهو شفاء من يتعرض لنقل الدم ، وبالتالي لا تستند في إباحتها إلى تصريح القانون وإنما إلى فكرة المصلحة الاجتماعية التي بموجبها يتنازل الفرد السليم عن جزء من أجزاء جسمه لشخص أخر يعاني من مرض جسيم يفقده وظيفته الاجتماعية[1]. فبموجب هذه الفكرة فإن أي إنقاص من المتبرع بقدر محدود يؤدي إلى زيادة النفع الاجتماعي للمريض الذي أنقذت حياته وإن ترتبت على هذه العملية عدة مخاطر طالما كانت محددة ، بحيث يستطيع المتبرع تحملها باسم التضامن الإنساني والاجتماعي[2]. وإن الحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل فرد من أفراد المجتمع في أن يحتفظ بسلامة جسمه وان يتحرر من آلامهِ البدنية وأن تؤدي أعضاء الحياة في جسمه وظائفها بصورة طبيعية. وإذا كان استئصال العضو البشري من جسد المتبرع يعد مساساً وانتقاصاً بتكامله الجسدي، فإن نقل الدم من جسم المتبرع يعد إضعافاً من قدرته الطبيعية على المقاومة والاحتمال [3]، أو معاساً بالمستوى الصحي الذي يتمتع به المتبرع ، إلا أن هذا المساس لا يعاقب عليه القانون إلا إذا حال دون استمرار أعضاء وأجهزة جسمه في أداء وظائفها بالشكل الطبيعي[4].

لذلك نجد أن الحق في سلامة الجسم يستند في أساسه على طبيعة اجتماعية تلقي على عاتقه مجموعة من الالتزامات لا يستطيع القيام بها إلا إذا كانت سلامة جسده مصونة، ويقابل هذه الالتزامات والمزايا التي يحق للمجتمع اقتضائها من نشاط الأفراد لذلك لا يجوز للفرد أن يحرم المجتمع منها لأنه غير ذي صفة في ذلك[5].ويترتب على ذلك أن كل اعتداء على سلامة الجسم وإن كان برضى المجني عليه يعد إهداراً لحق ارتفاق مقرر لمصلحة المجتمع طالما قلل هذا الاعتداء من الإمكانيات التي تتطلبها الوظيفة الاجتماعية[6] وبالتالي لا يعد المجني عليه سببا عاما لإباحة جرائم الاعتداء على هذا الحق ، لأنه يتجرد من كل قيمة في الحدود التي يمتد إليها الارتفاق الاجتماعي ، بحيث يبقى حق المجتمع قائماً ويظل فعل الاعتداء خاضعاً

---

[1] : الدكتور حمدي عمر ، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة/رسالة دكتوراه/دار النهضة العربية/القاهرة ١٩٩٥،ص٨١.

[2] : أحمد محمود سعد/زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة/المرجع السابق ، ص ٣٥.

[3] : محمد سامي السيد الشوا:الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم/١٩٨٦/ص١٥٨.

[4] : الدكتور سلطان الشاوي/الجرائم الماسة بسلامة الجسم/مجلة العلوم القانونية /المجلد العاشر/العدد الثاني /١٩٩٤/ص٩ وما بعدها.

[5] : الدكتور أحمد شوقي عمر، المرجع السابق،ص٤٤.

[6] : الدكتور جابر مهنا شبل/المرجع السابق/ص٥١.

لتجريم القانون([1]). فإذا ثبت أن نقل الدم من المتبرع يحول دون أداءه لوظيفته الاجتماعية إلا أن وضعه الصحي لا يتحمل سحب الدم منه بحيث يترتب على نقل دمه عدم قدرته على القيام بجميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية، فإن نقل الدم يعتبر عمل غير مشروع ولو كان في الوقت نفسه يصون صحة شخص آخر.

أما إذا تجاوزنا الحدود التي يمتد إليها الارتفاق المقرر للمجتمع ، فإن الحق في سلامة الجسم سوف يتحرر من هذا الارتفاق وبالتالي لا يخضع فعل الاعتداء لتجريم القانون إلا إذا كان بغير رضاء المجني عليه([2]) فإذا رضي المتبرع بسحب الدم منه كان لهذا الرضاء أثره المبيح في تجريد فعل السحب من صفة العدوان طالما أن هذا الفعل لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى إضعاف إمكانية المتبرع إلا في حدود ضئيلة بحيث لا تعوقه عن أداء أعماله ذات القيمة الاجتماعية . فعلة الإباحة تكمن بالرضاء الصادر من المتبرع إذا اقترن هذا الرضاء بتحقيق منفعة اجتماعية.

الخلاصة: نخلص مما تقدم أن عملية نقل الدم تستند في إباحتها إلى الرضاء الصادر من المتبرع طالما لا تلحق بالجسم سوى ضرر وقتي قابل للإصلاح ولا يحول إجراؤها بين من نقل الدم منه وأداء وظيفته الاجتماعية على النحو العادي المألوف ، وللتأكد من ذلك يجب مقارنة الوظيفة الاجتماعية لكل من المتبرع بالدم والمتلقي له، فإذا كانت الفائدة التي تعود على نقل الدم أكبر على المجتمع من الفائدة التي تعود على عدم إجراؤه، كانت عملية نقل الدم من المتبرع مشروعة وفقا للمصلحة الاجتماعية لما تحققه من مصلحة الفرد في البقاء، ومصلحة المجتمع في تأكيد روح التضامن الإنساني ومراعاة المصلحة العامة في المحافظة على حياة الأفراد والتقدم العلمي الطبي.

الفرع الرابع

شروط عملية نقل الدم

من المعلوم أن عملية نقل الدم هي سحب كمية من الدم في الحدود المسموح بها طبيا من وريد شخص إلى وريد شخص آخر بهدف تعويض دم مفقود بمقدار يهدد الحياة . من خلال هذا التعريف نجد أن هناك مرحلتين **الأولى:**مرحلة التبرع بالدم، والمرحلة **الثانية** مرحلة نقل الدم إلى المريض ، ولكل من المرحلتين شروطها:

شروط التبرع بالدم

حددت الدول الأسس العامة التي تنبني عليها عملية التبرع بالدم ، فهناك شروط طبية وشروط قانونية يلزم توافرها لإباحة عملية التبرع بالدم ، ومن هذه الشروط ما يلي:

---

[1] : الدكتور محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم/١٩٥٩/ص٥٤١.

[2] : الدكتور احمد شوقي عمر/المرجع السابق/ص٤٥ وما بعدها.

الشرط الأول

رضاء صادر من المتبرع بالدم

يجب أن تصدر موافقة المتبرع بالدم وبالتالي فلا يحق للطبيب أن يمس جسم الإنسان دون موافقته ، فالإنسان حر وله كرامة ومن حقه الاحتفاظ بصحته وسلامة جسمه، وإن أي اعتداء على دمه ، فإن ذلك يعد اعتداءاً على هذا الحق وخرقاً لمبدأ التكامل الجسدي للإنسان ما لم يتم نقل الدم برضاه[1].

فرضاء الشخص المتبرع يعدّ شرطا أساسياً لإباحة التصرف في الدم والحصول على الرضاء من المتبرع شرطاً ضرورياً وذلك لما ينطوي عليه من مخاطر كثيرة قد يتعرض لها المتبرع.لذلك نجد أن التشريع الفرنسي قد اشترط رضاء المتبرع أو من يمثله قانونا[2]. وليس لهذا الرضاء صورة معينة يفرغ فيها ، فقد يكون ضمنيا ، وقد يكون صريحا قولاً أو كتابة. ولم يشترط المشرع في دولة الإمارات في مجال نقل الدم صدور رضاء كتابي من المتبرع ، وإنما ترك الأمر للقواعد العامة ، والقاعدة العامة في الرضاء أن يكون صريحاً بالقول ويمكن أن يكون ضمنيا . إلا أن بعض التشريعات تطلبت للاعتداد بصحة الرضاء الصادر من المتبرع أن يكون مكتوبياً ، كما هو الحال في فرنسا ، حيث نصت المادة (٣/٦٦٧) من قانون الصحة العامة رقم ٨٤٦ لسنة١٩٦١ على عدم جواز إحداث أي تغيير على خصائص الدم البشري قبل السحب إلا بعد صدور موافقة مكتوبة من قبل المتبرع [3].

١. أهلية المتبرع: يشترط لصحة رضاء المتبرع أن يكون المتبرع بالغاً ، أي أن يكون رضاؤه معبراً عن إرادة ذات دلالة قانونية ، ولا يكون ذلك إلا إذا كان المتبرع قد بلغ سن الرشد ، وأن يملك القدرة على تقدير دلالة رضائه وفهم مغزاها الحقيقي ، لأنه بدون هذا التقدير والفهم لا تكون للإرادة أية دلالة قانونية [4].

ففي فرنسا يستطيع جميع الأشخاص البالغون والمتمتعون بصحة جيدة التبرع بدمائهم وفقاً للقرار الوزاري الصادر في ٣ نوفمبر ١٩٨٦ والذي حدّد سن إعطاء الدم ما بين سن ١٨-٦٠ وحظر التبرع بالدم فيما بعد سن الستين عاما [5].

أما في مصر فقد اشترطت المادة الرابعة من القرار الوزاري رقم ١٥٥ لسنة ١٩٦١ عدة شروط يجب توافرها في الأشخاص الذين يحق لهم التبرع بالدم ، منها ضرورة أن يحمل المتبرع بطاقة شخصية ، وألا يقل سنه عن ١٨ ولا تزيد على ٦٠عاما [6].

---

[1] : الدكتور مصطفى العوجي/القانون الجنائي العام/الجزء الثاني/المسؤولية الجنائية/الطبعة الأولى /١٩٨٥/ص٥١٧ وما بعدها -د.أحمد شوقي عمر، المرجع السابق ، ص٦٨

[2] : انظر القانون الفرنسي حول السلامة في ميدان نقل الدم رقم ٥-٩٣ الصادر بتاريخ ٤ كانون الثاني ١٩٩٣ الذي أجاز في المادة ٣/٦٦٦ تنفيذ سحب الدم فقط بموافقة المتبرع وأن يكون من قبل طبيب.

[3] : إن التغييرات الحاصلة على مميزات الدم البشري نظمها القانون رقم ٦١-٨٤٦ الصادر في الثاني من آب ١٩٦١ إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة (٦٦٧) على انه :" خصائص دم الإنسان لا يمكن أن تتغير قبل أخذ الدم إلا من قبل الطبيب ، ولا يتم التغيير إلا بموافقة المعطي كتابة..."

[4] : الدكتور محمد زكي أبو عامر/قانون العقوبات اللبناني/القسم العام/الدار الجامعية للطباعة والنشر /بيروت /١٩٨١/ص٢٦٤ وما بعدها.

[5] : الدكتور حمدي علي عمر ، المرجع السابق ، ص٦١.

[6] : الدكتور حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص٦٢.

وإذا كان الحصول على موافقة المتبرع البالغ والمتمتع بوقاه العقلية قبل إجراء عملية نقل الدم إجراءا لابد منه ، فهل يمكن إصدار هذه الموافقة من القاصر؟ وهل يمكن نقل الدم من جسم القاصر بعد موافقة من له سلطة عليه من الناحية القانونية؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسي والمصري إلا أنه لا يمكن الاعتداد بالرضا الصادر من القاصر لنقل جزء من دمه بأي صورة من الصور لأن هذا النقل لا ينطوي على أي منفعة علاجية له بل على العكس قد يشكل خطرا كبيرا يهدد حياته[1]، وإذا كان الهدف من عملية نقل الدم هو التضامن الإنساني والمساهمة في إنقاذ حياة الناس ، فيجب أن يكون بالغاً رشيداً ومتمتعاً بالأهلية القانونية لأجل إعلامه وتبصيره بجميع المخاطر التي يمكن أن تترتب على عملية التبرع الدم ، فإذا كان التبرع قاصرا لا تتوافر لديه القدرات الكافية على معرفة مخاطر هذه العملية [2].

وقد أقر المشرع الفرنسي القاعدة العامة التي تحرم نقل الدم من القاصر وعديم الأهلية وذلك لعدم قدرة الشخص في هذه الحالات على إعطاء رضاء حر صحيح والحصول على موافقته بالمعنى الكامل وذلك في الفقرة الخامسة من المادة(٦٦٦) من قانون السلامة في ميدان نقل الدم التي تنص:" لا يجوز تنفيذ سحب الدم أو مكوناته بهدف الاستخدام العلاجي لفائدة شخص آخر على قاصر أو على شخص بالغ سن الرشد وخاضع لإجراءات حماية قانونية.."[3]. وكذلك الحال في ألمانيا فقد نص مشروع قانون نقل الدم على أن يكون قبول الممثل القانوني وبشكل خاص للمتبرع غير كامل الأهلية ضروريا.

٢. أن يكون الرضا حرا

يجب أن تكون موافقة المتبرع بالدم موافقة حرة , وهي الموافقة الحرة الصادرة عن شخص عاقل رشيد , متمتع بملكات نفسية و عقلية سليمة تمكنه من التعبير عن نفسه بحريه دون أن يخضع لأي ضغط أو إكراه يعيب إرادته. أي أن تكون إرادته سليمة مما يعيبها من إكراه أو غلط أو استغلال أو غبن حتى يمكن أن يعتد بالرضا الصادر عنها [4] . فلا يجوز للطبيب في نطاق عمليات نقل الدم إكراه أي شخص على التنازل عن دمه مهما كانت الظروف و الدوافع , بل يجب على الطبيب المختص أن يتأكد من أن التبرع خالي من أي ضغط و انه يتم بدوافع إنسانية .

ومن هنا كان تأكيد حرية الرضا وضرورة أن يتحقق القائم بالعملية من أن يتقدم للتبرع بدمه لم يخضع لأي ضغط مهما كان نوعه , وانه وافق على التبرع بالدم بشكل إرادي ولم يتعرض لأي نوع من أنواع القسر و الإكراه. ولم يقع تحت أي ضغط من أي نوع و أنه وافق على التبرع بشكل إرادي خالي من الإكراه [5] حيث أوجبت الفقرة (١٨) من الأمر الوزاري الفرنسي الصادر بتاريخ .

---

[1] : د. أحمد شوقي عمر ، المرجع السابق ، ص٨٠. Marshall Merlin and Bird Thomas ,Blood loss and replacement,1979,p.35.

[2] : د. حمدي علي عمر ، المرجع السابق ، ص٩٤.

3 : Law No,93-5-of A January 1993,op.cit.p237

[4] : د . أحمد شوقي عمر , المرجع السابق , ص ٧٥ , د. حمدي عمر , المرجع السابق ,ص٩١

5 :Article , 6 , EntwurFeines Gesetzes Zur RegeLung des transFusions wesens (TransFusions gesetz – TF G) den 13 Jan 1998

كما نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة قانون الضوابط على انه : (يجب أن يكون التبرع بجميع الظروف طوعيا ولا يمارس على المتبرع أي ضغط من أي نوع).

٢١تموز ١٩٩٣ على مؤسسات نقل الدم احترام الطبيعة التطوعية عند إجراء نقل الدم باعتبارها من المبادئ الأساسية التي يتوجب الإيفاء بها من قبل هذه المؤسسات([1]) ،كما يستلزم الفقه الفرنسي ضرورة أن يكون الرضا ضروريا و حرا من جانب الشخص الذي ستجري له عملية نقل الدم و أن يكون المتبرع عند تنازله عن دمه في حالة نفسية و عقلية تتيح له التعبير عن إرادته بحرية كاملة وعدم وجود أية ضغوط نفسية عليه([2]) ، و من المشاكل التي يثيرها استلزام أن يكون الرضا حرا مدى احترام الطابع الإرادي في الاشتراك بعمليات نقل الدم بالنسبة للأشخاص الذين يكونون في حالة تبعية كالمسجونين و المحكوم عليهم بالإعدام ، فهل يمكن التعويل على الرضا الصادر منهم بنقل جزء من دمهم إذا كان بدافع رغبتهم في تخفيف الحكم عنهم؟ لم تعالج التشريعات الجنائية مسألة نقل الدم من المسجونين و المحكوم عليهم بالإعدام و إنما عدت عملية أخذ الدم عنوة من أسرى الحرب ابذاً مقصوداً للإنسان يجب المعاقبة علية باعتباره عملاً مجرما([3]) .

٣. أن يكون المتبرع متبصرا :

لكي يستطيع المتبرع إعطاء موافقة بأخذ الدم أو الامتناع عنه يجب أن يكون رأياً صحيحاً ، ولا يتم ذلك إلا إذا قام الطبيب المختص بعملية سحب الدم باطلاع المتبرع على طبيعة هذه العملية، و أن يبصره بجميع المخاطر المحتملة التي قد يتعرض إليها حالا أو في المستقبل حتى يتسنى للمتبرع القيام بعملية التقدير والمقارنة بين هذه المخاطر و الفائدة المرجوة من عملية نقل الدم([4]) .

وقد نصت غالبية القوانين المنظمة لعملية نقل الدم على ضرورة اطلاع المتبرع على النتائج و المخاطر المحتملة لقراره المتمثل بنقل الدم من جسمه ([5]) ، و في فرنسا فقد جعل الأمر الوزاري الصادر في ٢٩ تموز ١٩٩٢ أحد الشروط التي يتوجب على مؤسسات نقل الدم الإيفاء بها هو تزويد المتبرعين بجميع المعلومات الضرورية حول التبرع و استخدامه و تأمين إبلاغ المتبرعين بالبيانات الطبية المتوافرة لديها و المرتبطة بصحتهم ([6]) ، كما اعتبر قانون نقل الدم في ألمانيا الاتحادية أن مسألة التوضيح و القبول من الدعائم الأساسية لعملية التبرع بالدم، ولا يكون قبول المتبرع فعالا إلا إذا اطلع على أهمية و مدى خطورة عملية التبرع بالدم على أن يكون هذا القبول مؤيداً بشكل خطي من قبل المتبرع و الطبيب المجاز قانونا ([7]) .

أما الفقه فقد أجمع على ضرورة قيام الطبيب بتبصير المتبرع بكل المخاطر الطبية التي قد تترتب على عملية نقل الدم وكذلك بجميع المخاطر الاجتماعية والاقتصادية التي قد تترتب على عملية نقل الدم هذه ، منها مثلا

---

1 : Order of 29 July 1992 laying down the conditions to be Fulfilled by blood transFusion estabLishments in other to retain coverage by the Agreement provided For by ArticLe. L . 667 of the public Health code (International pigest of Health LegisLation , VoL . 44 . No .2. 1993 .P. 233)

٢ : الدكتور أحمد شوقي عمر ، المرجع السابق ، ص ٧٦ وما بعدها .

٣ : الدكتور مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٥١٨.

٤: الدكتور جابر مهنا شبل ، المرجع السابق ، ص ١٥٨.

٥ : حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون الضوابط التي تحكم نقل الدم في العراق على انه:(يجب أن يكون المتبرع على علم بالمخاطر الكامنة في أخذ الدم و يتوجب الاهتمام باستمرار بصحة المتبرع و سلامته).

6 : Order of 29 July , 1992,op .cit.p.234

٧: الدكتور أحمد شوقي عمر ، المرجع السابق، ص٧٣.

عدم قدرة المتبرع على القيام بواجبات معينة ، أو ممارسة عمل معين أو مهنة محددة إذا سحبت منه كمية الدم المطلوبة([1]).

لسلامة المتبرع تقتضي قيا م الطبيب بتبصيره ، لأن المتبرع في أغلب الأحوال يعاني من أمـراض خطـيرة تجعله غير قادر على التبرع بالدم منها مثلا إصابته بمرض القلب والسل وأمراض الرئة والأمراض المعديـة الأخرى . وتظهر أهمية تبصير المتبرع من قبل الطبيب بشكل واضح عندما يكون المتبرع مصابـا بارتفـاع ضغط الدم إذ لا يسمح له نهائيا التبرع بدمه نظرا لاحتمال تعرضه لمضاعفات اضطراب ضغط الدم الناتجـة عن سحب الدم من جسمه.

ولإثبات قيام الطبيب بواجبه في تبصير المتبرع ، اشترطت بعض المراكز توقيع المتبرع على بيـان فيـه أن المعلومات المتعلقة بعملية نقل الدم قد توافرت وفهمت من قبله.

الشرط الثاني

أن يكون التبرع بدون مقابل

ويكفي الرضاء الصادر من المتبرع لأجل إباحة عمليات التبرع بالدم ، بل يجب لأن يكون نقل الدم على سبيل التطوع ، وبالتالي فلا يجوز للمتنازل أن يتقاضى عوضا عن دمه لأن جسده ليس محلا للمعاملات التجاريـة والمالية، وبالتالي يجب أن لا يكون تنازله بدافع الربح أو المقابل المادي ، بل بدافع المحبة والتضامن الإنساني والتراحم والتضحية والإيثار ([2]). وحتى لا يفسح المجال لتجارة الإنسان بدمه ، نجد أن بعض التشريعات قـد نصت على منع بيع وشراء دم الإنسان أو تقاضي أية منفعة مادية أو تحقيق الربح ، ومن هذه التشـريعات ، التشريعات الصادرة في فرنسا حيث منعت المادة (٦٧٣) من قانون الصحة العامة تحقيق أي ربـح أو كسـب مادي من عمليات نقل الدم ، حيث حدد أسعارها وزير الصحة الفرنسي في القرار الوزاري الصـادر فـي ٤ كانون الثاني ١٩٥٢ ، وإن أية خروقات للقرارات الرسمية حول السعر تكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشـهر إلى سنة وغرامة من ٢٤٠٠٠ إلى ١٢٠٠٠٠٠ ألف فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين ([3]) . كما أقر المشـرع الفرنسي مبدأ التنازل بدون مقابل في التشريع الخاص بحفظ ونقل الدم رقم(٨٥٤) الصـادر فـي ٢١ تمـوز ١٩٥٢، والذي أكد نقطة أساسية تتعلق بمجانية أو تبرعية تقديم الدم معتبرا الدم البشري عنصرا من عنـاصر جسم الإنسان التي لا يجوز بيعها أو الاتجار فيها من قبل المتنازلين ، واقتصار حق المتنازل علـى المطالبـة بالتعويض عن الأضرار التي نشأت عن ضعف أو نقص في قدرته البدنية أو التي نتجت عـن تعطلـه عـن ممارسة أعماله مع المطالبة بالنفقات في سبيل إجراء العملية([4]). كما أكدت على غياب الربح المادي عند تنفيذ نقل الدم الفقرة الأولى من المادة (٦٦٦) من قانون السلامة في ميدان نقل الدم الفرنسي ، حيث نصت على أنـه ": ينفذ نقل الدم لمصلحة المتلقي وتحكمه المبادئ الأخلاقية للتطوع الاختياري ومجهولية التبرعـات وغيـاب الربح المادي في ظل شروط يضعها القانون" كما نصت الفقرة الثالثة من المادة أعلاه على أنه .

---

[1] : الدكتور جابر مهنا شبل،المرجع السابق، ص١٥٩

[2] : الدكتور أحمد شوقي عمر ، المرجع السابق ، ص٨٢.

[3] : Dalloz –Repertiore Driot criminal et de procedure penal, II-1954, p.44

[4] : الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي ، التشريعات الصحية/ط١/دار الثقافة/عمان/١٩٩٧/ص١٣٨.

"...... لا يجوز منح مكافأة إلى المتبرع بدون إجحاف حقه في التعويض عن النفقات التي تحملها بموجب الشروط التي وضعها المرسوم([1]) . وتنفيذاً للفقرة الثالثة من المادة(٦٦٦) من قانون الصحة العامة الفرنسي فقد صدر المرسوم ذي الرقم ٦١١-٩٤ في ٢٠ تموز ١٩٩٤ الذي نص على القواعد الخاصة بالصيغة التطوعية الاختيارية للتبرع بالدم وهي كما يلي:

١. لا يجوز منح مكافأة عند التبرع بالدم أو مكوناته بشكل مباشر أو اية أمور أخرى سواء سلعاً أو مواد عينية أخرى.
٢. يجوز أن تستمر الأجور المدفوعة من قبل صاحب العمل إلى المتبرع لتنفيذ واجباته المهنية أثناء الوقت المخصص للتبرع بشرط أن لا يكون المتبرع غائبا مدة تزيد عن الفترة الضرورية لأغراض الانتقال من موقع العمل إلى الموقع الذي يتم فيه سحب الدم.
٣. يجوز تقديم هدية رمزية تمثل شكراً إلى المتبرع وفقاً للتعليمات أو الأنظمة السارية المفعول .
٤. تخول المرافق المتخصصة بنقل الدم تعويض المتبرع عن نفقات الانتقال التي يتحملونها باستثناء أية تعويضات ذات نسبة ثابتة.

- أما المشرع في دولة الإمارات فلم ينص على المنع الصريح من الحصول على الدم عن طريق البيع والشراء بين الأشخاص أو بين الأشخاص ومراكز التبرع بالدم .

ونفس الشيء نجد المشرع العراقي لم ينص صراحةً على هذا المنع (بيعاً وشراءً) للدم وذلك لعدم وجود قانون ينظم عملية نقل الدم ، إلا أن المشرع العراقي قد نص على منع بيع الأعضاء البشرية في عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ حيث يمكن تطبيقه على جميع أعضاء وأجزاء جسم الإنسان كالدم البشري ومركباته ومشتقاته ، حيث نصت المادة الثالثة من القانون على أنه " يمنع بيع وشراء الأعضاء بأي وسيله ، ويمنع الطبيب الاختصاص من أجراء العملية عند العلم بذلك" .

أما الجزاء الجنائي على مخالفة أحكام المادة أعلاه فقد نصت المادة الرابعة من القانون أعلاه على أنه :- " يعاقب بالحبس مده لا تزيد على سنه وبغرامه لا تزيد على ألف دينار كل من يخالف أحكام هذا القانون " كما لا تجيز الضوابط المعمول بها لنقل الدم في العراق أن يكون الكسب المادي حافزاً مطلقاً لا بالنسبة للمتبرع ولا بالنسبة للمسئولين عن أخذ الدم ، ويجب العمل دوما على تشجيع التبرع دون مقابل([2]) .

أما في مصر فقد عالج القانون الخاص بتنظيم عمليات نقل الدم رقم١٧٨ لسنة ١٩٦٠ موضوع التصرف القانوني ببيع الدم البشري الذي بموجبه تحصل بنوك الدم على الدم البشري ومكوناته ومشتقاته عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل أجر رمزي([3]) . كما تقوم هذه البنوك ببيع الدم مرة أخرى إلى الجمهور([4])، وبذلك يعد شراء الدم من الجمهور أحد مصادر الحصول على الدم في مصر وحسب تسعيرته المحددة قانونا وهي (٥٠) قرشا للقنينة الواحدة ، فضلا عن ذلك فقد حدد قرار وزير الصحة المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٠ المكافأة المالية التي تمنح للمتبرعين ومقدارها (١٥٠) قرشا وذلك مقابل

---

[1] : Law No.93-5 of 4 january ,1993,op.cit,.p.237

[2] : لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون ضوابط نقل الدم في العراق على أنه:"ينبغي أن لا يكون الكسب المالي حافزا مطلقا لا بالنسبة للمتبرع ولا بالنسبة للمسئولين عن أخذ الدم ويجب العمل دوما على تشجيع التبرع التطوعي (دون مقابل)ويمنع منعا باتا الترخيص لمصارف الدم الأهلية (التجارية)" قانون ضوابط نقل الدم في العراق ،ص٣١.

[3] : أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة ، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، ١٩٨٧، ص٣٧.

[4] :د.صاحب الفتلاوي، المرجع السابق ص١٢٤.

كمية الدم بنسبة(٤٠٠سم٣) مع إعطائه وجبة طعام خفيفة وبعض المقويات بعد عملية التبرع . كما وحددت المادة الخامسة من القرار الوزاري رقم(٥٥) لسنة ١٩٦١ مكافأة المتطوعين من أثمان الدم ومركباته ومشتقاته، كما قضت المادة الأولى من القرار الوزاري رقم(٥٥) لسنة ١٩٨٥ بأنه:" يجوز لكل مواطن يرغب في الحصول على مكافأة نظير إعطاء دمه أن يحصل على مكافأة مالية أو هدية عينية أو كليهما بما يزيد على خمسة جنيهات وذلك بقرار من المحافظ المختص[1] " .

فإعطاء الدم طبقا للقانون المصري قد يكون بالمجان الكامل ، وقد يكون نظير مكافأة مالية وعلى الرغم من قلة المكافأة المالية إلا إنها من الناحية القانونية تعد مقابلا وبذلك يباع الدم من الإنسان إلى مراكز نقل الدم وتقوم هذه المراكز ببيعه إلى المحتاجين له.

أما موقف الفقه فلم يتفق على اتجاه واحد بشأن جواز أو تحريم التصرف القانوني بالدم البشري حيث هناك اتجاهين:

الاتجاه الأول : ذهب رأي في الفقه المصري إلى القول بأنه ليس هناك أي مانع قانوني يمنع الإنسان من تقاضي مقابل مالي لقاء تنازله عن دمه طبقا لما ذهب إليه المشرع المصري في القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠.

الاتجاه الثاني : وهو الاتجاه السائد فقها -سواء في فرنسا أو العراق- فيرى أن عقد البيع الوارد على الدم البشري باطل حتى ضمن الضوابط القانونية الموضوعة من قبل أنصار الاتجاه الأول[2]، ذلك لأن حق الإنسان على جسمه ليس حق ملكية حتى يستطيع التصرف فيه بالبيع وإنما له سلطة محدودة على جسمه تخوله إعطاء موافقته على أخذ دمه. إذاً لم يوجد قانون يحظر نقل الدم من جسم المتنازل[3]. فلا يجوز للمتنازل اغتنام فرصة وجود شخص محتاج إلى دم من فصيلة نادرة ويطلب منهم مبالغ كبيرة[4]، لأن فكرة المقابل النقدي في التصرف بالدم أو مكوناته أو مشتقاته يعد أمراً مستهجناً لا يتفق مع الكرامة الإنسانية التي تقتضي أن يكون التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان تبرعيا أي بدون مقابل[5].

ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتور أحمد شرف الدين الذي يرى عدم جواز تصرف الإنسان في أعضائه وأجزاء جسمه كالدم البشري ، لأغراض علاجية إلا بصفة تبرعية ، وكل شرط يقصد به إعطاء المتنازل مقابلاً مالياً يقع باطلا ولا أثر له[6] . وفي الفقه الفرنسي فقد ذهب الأستاذ (SAVATIER) إلى تأييد هذا الاتجاه ، حيث يرى أن التبرع بالدم يجب أن يكون بلا مقابل ، لأن جسم الإنسان وأعضائه أسمى من أن تكون محلا لحقوق مالية، فإذا أجيز التبرع بالدم لاعتبارات إنسانية وأخلاقية فلا يجوز أن تكون محلا للتجارة ، فالمتبرع لا يعتبر حرفياً وبالتالي لا يجوز له الاتجار بدمه ، ويجب على مراكز نقل الدم أن ترفض الشخص الذي يتوجه إليها في فترات دورية لتقديم كمية من دمه مقابل الحصول على المقابل[7].

---

[1] : د.حمدي عمر /المرجع السابق/ ص٦٣

[2] : الدكتور منذر الفضل ، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية،ط١،بغداد،١٩٩٠،ص٥٩.

[3] : الدكتور أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ص٨٤.

[4] : د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق ،ص٣٢.

[5] : د. أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ص٨٤.

[6] : الدكتور أحمد شرف الدين/الأحكام الشرعية للأعمال الطبية/ط٢/١٩٨٧/ص٢٠٠

[7] : الدكتور أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ص٦٢.

الخلاصة: نحن نرى بعدم جواز بيع الدم كما لو كان سلعه أو بضاعة لأن نقل الدم بمقابل عمل مشين يبعث على الاحتقار لصاحبه والحط من آدميته حتى وإن كان الهدف إنقاذ حياة الآخرين فضلاً عن خطورة ذلك على المتبرع والمريض.

شروط نقل الدم

إن عملية نقل الدم من العمليات التي تستهدف شفاء المريض وإنقاذه من آلامه أو تخفيفها ، ولذلك يجب أن تخضع للقواعد العامة التي تحكم العمليات الجراحية الثانوية.

والحالات التي تستلزم إجراء عملية نقل الدم هي[1]:

١. الحوادث والإصابات والجروح النازفة التي تؤدي إلى فقدان كبير للدم.
٢. الحروق الشديدة.
٣. أثناء إجراء العمليات الجراحية ، عندما يصبح المريض ضعيفا للغاية ويعاني من فقر الدم.
٤. قبل إجراء العمليات الجراحية في حالات فقر الدم المزمن.
٥. لأجل إيقاف النزيف الدموي أو كإجراء وقائي قبل الجراحة ولما كان نقل الدم من العمليات الجراحية المهمة لسلامة الجسم من حيث المخاطر غير المهنية فإنها تحتاج إلى رضاء المريض الذي يكون مهما.
٦. أثناء إجراء العمليات الجراحية الكبرى.

الشرط الأول

رضاء متلقي الدم

بما إن عملية نقل الدم هي عملية جراحية لسلامة الجسم ، فإنها تحتاج إلى قبول المريض[2]على أساس أنه الدافع الرئيسي لبدء الطبيب بمرحلة التنفيذ في مباشرة العلاج[3]، وبالتالي فإن الحصول على رضاء متلقي الدم أمراً ضرورياً لا غنى عنه وذلك صيانة لحق المريض في سلامة جسمه وتكامله الجسدي واحتراماً لحريته الشخصية[4]. وإن هذا الرضاء لا يشترط شكلاً خاصاً ، حيث قد يكون صريحا بالقول وقد يستخلص من الظروف والملابسات التي تحيط بالشخص متلقي الدم والتي تحمل على الاعتقاد بأنه لو كان قادراً على الإعلان عن إرادته لأعلن عن رضائه ، كما لا يكفي لإجراء عملية نقل الدم هو عدم معارضة المريض (المتلقي) ، وذلك نظرا للفائدة التي تعود عليه من جراء هذه العملية[5].

أما إذا تطلب إجراء عملية نقل الدم ضمن نطاق العلاج أو الإصابة قبل أو بعد العملية الجراحية فإن قبول المريض بالعملية الجراحية لا يغني عن القبول بإجراء نقل الدم ، إذ يجب على الطبيب الحصول على موافقة المريض بإجراء نقل الدم صراحة إذا كانت فعالة وملحة لنجاح العملية الجراحية ، ويفضل أن تكون الموافقة

---

[1] : bailey and loves short practice of surgery Eighteen edition ,1981,p.76.

[2] : Med.H.C.walther weibaure rechtliche problem anasth intensivmed ,29-1988.p.135

[3] : د. عبد السلام التونجي/المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي،ص٣٦٩

[4] : د.أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ص ٩٥.

[5] : د. محمد فائق الجوهري/المسؤولية الطبية في قانون العقوبات /١٩٥٢، ص٨٩.

ثابتة كتابة[1]، أما إذا كانت عملية نقل الدم غير ضرورية فإنه يجوز للطبيب في هذه الحالة الاعتماد على القبول المفترض للمريض بالنسبة لنقل الدم إذا حسب المريض حساب نقل الدم إليه أثناء العملية الجراحية التي وافق على إجرائها صراحة[2].

أما القبول الضمني المنصب على العملية الجراحية الأصلية والمستخلص من القرائن والظروف الصحية المحيطة بحالة المريض ، كطلبه من الأطباء تحويله إلى اختصاصي أو إلحاقه بالمستشفى لإجراء تدخل جراحي عليه ، فإنه لا يشمل القبول لعملية نقل الدم ، لأن الأصل في إباحة عمليات نقل الدم أن تنصب موافقة المريض على نقل الدم بوصفها عملية ثانوية يتم إجراؤها إلى جانب العملية الجراحية الأصلية[3] . وإن استثناء الاعتماد على موافقة المريض الصريحة على إجراء العملية الجراحية الأصلية على أن تقترن تلك الموافقة بإدراك المريض لإمكانية نقل الدم إليه أثناء العملية.

ومن التشريعات التي اشترطت على ضرورة الحصول على رضاء المريض ، قانون مهنة الطب الفرنسي حيث نصت المادتان (٢٨-٢٩) حيث جاء فيهما أن على الطبيب الحصول مقدما على رضاء المريض بالعلاج ولا سيما إذا كانت حياة المريض في خطر[4].

وقد أوجبت تعليمات السلوك المهني للأطباء في دولة الإمارات العربية المتحدة ومصر و العراق الحصول على رضاء المريض في كل عمل طبي عندما يكون في حالة يتمكن من تقديمه وليس بوسع الطبيب أن يتحدى رغبة المريض ، كما يعد الطبيب مسئولا عن عدم الحصول على موافقة المريض في المداخلات الجراحية[5] .

أما الفقه فقد انقسم إلى اتجاهين:

<u>الاتجاه الأول :</u> وهم أنصار المذهب الفردي الذين يرون عدم استطاعه الطبيب التدخل بدون حصوله على رضاء المريض ، لأن للفرد حقا مطلقا على جسمه لا يقبل المساس به بغير رضائه حتى مع تحقيق الغاية المشروعة للتدخل وهي استعادة المريض لصحته[6]، ويكون الطبيب مسؤولا عن عدم الحصول على الموافقة.

<u>الاتجاه الثاني :</u> يرى أن على الطبيب عمل كل ما يؤدي إلى مصلحة المريض وفائدته ولو على الرغم منه لأن الطبيب هو الذي يقرر مدى خطورة حالة المريض ومدى احتياجه للمداخلات العلاجية . وقد أيد ذلك مؤتمر المحامين في فرنسا في ١٨ مارس ١٩٠٢ عندما قرر عدم مسؤولية الطبيب لمجرد تجاوزه عن أخذه رضاء المريض في عملية أجراها[7].

---

[1] : د.عادل عبد إبراهيم،حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤليته الجنائية/رسالة ماجستير/بغداد/١٩٧٦ ص١١٨.

[2] : W.WEIBAUER Rechtlichehgn problem der Bluttrans fusion op.cit.p.135

[3] : الدكتور عبد السلام التونجي ، المرجع السابق، ص١١٦.

[4] : د. جابر مهنا شبل، المرجع السابق، ص١١٦.

[5] : تعليمات السلوك المهني للأطباء، في العراق، رقم ٦ لسنة ١٩٨٥/ص٣ وما بعدها.

[6] : الدكتور عادل عبد إبراهيم، المرجع السابق، ص١٠٥

[7] : الدكتور أحمد شوقي عمر ، المرجع السابق ، ص٩٤

الخلاصة : على الرغم من الخلاف الفقهي السابق ، إلا أن رأي غالبية الفقهاء وشراع القانون قد استقر على وجوب حصول الطبيب على رضاء المريض بالعلاج قبل مباشرته باعتباره شرطاً ضرورياً لاباحة الأعمال الطبية التي تقع على الجسم بصفته عامة ، وعمليات نقل الدم للمريض بصفة خاصة ([1]).

الشرط الثاني

تبصير متلقي الدم

العمليات الجراحية التي تمس الكيان الجسدي للإنسان تتطلب موافقة المريض التي يسبقها تبصيره بصورة واضحة وتامة حتى يفهم هذا المريض طبيعة العلاج المقترح وما هي فوائده وما هي أخطاره حتى يكون بصورة يمكنه من اتخاذ قراره بكامل إرادته.

وقد ثار جدلاً فقهياً واسعاً بخصوص مبدأ الالتزام بتبصير المريض في مجال التدخل الطبي والجراحي ، ويمكن رد هذا الجدل والنقاش إلى الاتجاهات التالية:

<u>الاتجاه الأول:</u> يرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة فرض على الطبيب التزام بتبصير المريض بطبيعة ونوع التدخل الجراحي وما هي مخاطره وأبعاده السلبية والإيجابية ، فيرى جانب كبير من الفقهاء ضرورة قيام الطبيب بتبصير المريض بطبيعة التدخل الجراحي ونوعه ومخاطر العلاج المقترح. وأي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يعتبر من قبيل الخطأ الطبي وبالتالي يستوجب المساءلة القانونية . فالمريض إنسان حر يتمتع بحرية الاختيار وله حق على جسمه فلا يجوز للطبيب المعالج المساس بهذا الحق إلا بعد الحصول على رضاءه المتبصر والمستنير. وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه وقضى بأن الطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض دون تبصيره بالمخاطر المحتملة التي يمكن أن تؤدي إليها هذه العملية ويغير رضاء متبصر منه يعد مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله حتى ولو لم يرتكب خطأ طبياً ([2]).

<u>الاتجاه الثاني:</u> يرى أنصار هذا الاتجاه –وأغلبهم من الأطباء– فيرون ضرورة أن يوضع المريض تحت وصاية الطبيب الذي هو وحده الذي يملك اتخاذ القرار الطبي أو الجراحي ، وبالتالي فرض العلاج يراه مناسبا لحالة المريض الصحية ، ولا يلزم هذا تبصير المريض بطبيعة مرضه والمخاطر المحتملة التي يمكن السيطرة عليها والتغيرات الموجودة والمصاحبة لكل عملية ، لأن المريض غالبا ما يكون جاهلا بالمسائل الطبية والأساليب العلمية التي أدت إلى هذا التدخل فضلا عن أن مصلحة المريض نفسه توجب على الطبيب عدم إخباره بكل المخاطر التي يتعرض لها والتي من شأنها أن تهبط بحالته النفسية وأن تؤثر على روحه المعنوية، كما يجب على المريض أن يضع كل ثقته بطبيبه المعالج وأن يترك له حرية اختيار العلاج المناسب لحالته الصحية دون ضرورة تلزم الطبيب بإطلاعه على نتائج العلاج.

<u>الاتجاه الثالث:</u> يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يجوز للطبيب أن يكذب على مريضه في حدود معينة وأن يخفي عليه حقيقة التدخل الجراحي وطبيعة مرضه، فهذا الاتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين حيث يرى أنصاره أن التزام الطبيب بالتبصير ليس مطلقاً ، وإنما هو مقيد من الناحية العملية بأمرين وهما: جهل المريض بأصول مهنة الطب، وحالته النفسية ، ولهذا يجوز للطبيب أن يكذب على مريضه في حدود معينة مادام ذلك في مصلحة المريض ويؤدي إلى تحسين حالته الصحية .

---

[1]: الدكتور أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ص١٠٩

[2]: الدكتور أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ص١٠٩

كما له أن يخفي عن المريض حقيقة مرضه والمخاطر غير المتوقعة طالما أن ذكر المخاطر يؤثر سلبيا على حالة المريض النفسية([1]).

فالطبيب مطالب في القانون بأن يعرض عملية نقل الدم على المريض قبل القيام بها، وأن يحيطه علما إجماليا بمدى أهميتها وتبصيره بالمخاطر المحتملة التي يمكن أن تؤدي إليها هذه العملية ، وإذا تعذر إطلاع المريض نفسه على حقيقة الحال أو كان المريض قاصرا أو ناقص الإدراك فيكفي إطلاع والديه أو أحدهما أو من له الولاية عليه أو أحد المسئولين عنه([2]).كما يجوز التجاوز عن هذا الإطلاع إذا كانت الجراحة عاجلة، أو كان المريض في غيبوبة وذلك استنادا إلى حالة الضرورة([3]).

الخلاصة: يتضح مما سبق أن الالتزام بتبصير المريض في مجال عمليات نقل الدم يتطلب التوافق بين احترام إرادة المريض وبين المحافظة على صحته ، فاحترام إرادة المريض في التصرف بجسمه تقتضي إخطاره وإطلاعه على المخاطر المهمة والمتوقعة لعملية نقل الدم ، وعكس ذلك تقيد المحافظة على صحته من نطاق الالتزام بالتبصير ، وبالتالي لا يجوز للطبيب أن يدخل الخوف والرعب في نفس المريض بتبصيره بالمخاطر والنتائج المحتملة والنادرة لعملية نقل الدم ، إذا كانت العملية الجراحية التي تتطلب خلالها نقل الدم للمريض عملية معقدة ومهمة لإنقاذ المريض ، إلا انه يجب على الطبيب المختص إطلاع المريض على جميع هذه المخاطر أيا كان تأثيرها على صحته وحالته النفسية إذا رغب أن يعرف الكثير عن العمليات الثانوية الأخرى الداخلة في الحسبان ومخاطرها ونتائجها الجسدية.

---

[1] : الدكتور أحمد شوقي عمر، المرجع السابق، ،ص ١١٤وما بعدها.

[2] : الدكتور رؤوف عبيد /مبادئ القسم العام في التشريع العقابي/ط٣/دار الفكر/القاهرة/١٩٦٦ ص٤٢٠.

[3] : الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ٤٢٠ وما بعدها .

المبحث الثاني

أنواع الجرائم التي تقع من جراء نقل الدم

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن عمليات نقل الدم تثير العديد من المشاكل ويؤدي إلى الكثير من الأمراض وخاصــــة تلــك الأمراض المستعصية كمرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي وغيرها من الأمراض التي يكون سببها نقــل الدم الملوث من الشخص المصاب إلى الآخر .

وهذه الأمراض الناتجة عن الدم الملوث هي محور المشكلات التي تثيرها عمليات نقل الدم.

لذلك سنتناول هذه الجرائم في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول :جريمة نقل الدم الملوث إلى المريض عمدا.

المطلب الثاني:جريمة نقل دم غير مطابق مع دم المريض عمدا.

المطلب الثالث:جريمة نقل دم ملوث أو غير مطابق خطأ أو إهمالا.

المطلب الأول

جريمة نقل الدم الملوث عمدا

المقصود بالدم الملوث: إن تعبير الدم الملوث له معنيان ، الأول: بالتلوث الجرثومي ، ويقصد به تســرب الجراثيم إلى الدماء المحفوظة بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات الفنية اللازمة أثناء سحب الدم مــن الشــخص وعدم اتباع الطرق الفنية بصورة صحيحة([1]).

أما المعنى الثاني ، فهو التلوث الذي يعود إلى وجود أحد الفيروسات القابلة للانتقال عن طريق الدم أو أحد مشتقاته في الدم المتبرع به بسبب سوء اختيار المتبرعين أو عدم إخضاع وحدات الدم المنقولة للمرضـــى لفحوص سيريولوجية وذلك لأجل التحقق من خلوها من الأمراض السارية ، إذ يمكن لبعض الأمــراض أن تنتقل إلى الشخص المريض عن طريق الدم ، وأكثرها هي الإيدز والتهاب الكبــد الفيروســي والملاريــا والسفلس([2]).

الفرع الأول

التكييف القانوني لجريمة نقل دم ملوث إلى المريض عمدا

سوف نعطي لجريمة نقل عدوى فيروس الإيدز عن طريق الدم أو أحد مشتقاته التكييف القانوني المناســب ، فعلى الرغم من اعتبار فيروس الإيدز من موضوعات الساعة في أغلب دول العالم ســواء كــان علــى المستوى الوطني أو على الساحة الدولية ، وذلك لما يثيره من مشاكل طبية وقانونية ناتجة عــن العــدوى التي تحدث بسبب نقل الدم الضروري لإجراء العمليات الجراحية أو إصابة الأشخاص المحتـــاجين للــدم بمناسبة العلاج المرتبط بحالتهم والمتطلبة استخدام مشتقات الدم ، لم تنظر هذه الدول إلى هذه المشكلة مــن

---

[1] : محمد بديع جودة ، أمراض الدم/ط٦/منشورات جامعة دمشق/١٩٩١.

[2] : R.M.HARPISTY and DJ WEATHERALL Blood and its Disorders Black Well scientific publication oxford edinbume ,1977.p.1484.

مختلف أبعادها القانونية ، لاسيما الجنائي منها ، حيث لم توجد نصوصا خاصة للعقاب في حالة نقل عدوى هذا المرض إلى الغير عمدا.

وبسبب المشاكل المتعددة التي أثارها موضوع العدوى بفيروس الإيدز في ساحات القضاء في السنين الأخيرة والتي تعود إلى الخاصية المعقدة لهذا المرض واعتباره مصدر عدوى ناتج عن نقل الدم الملوث ثار التساؤل عن مدى كفاية التشريعات الجنائية لحماية الأفراد من مرض الإيدز الذي ينقلونه إلى الغير أو الذين يستخدمونه وسيلة لإزهاق روح الأبرياء ، ولاسيما بعد قضية الدم الملوث (L affaire du sang contamine) التي أثارت الخلاف ما بين الفقه والقضاء الفرنسي حول التكييف القانوني المناسب للفعل.

أولا: موقف التشريعات المقارنة:

لم نجد أية إشارة في التشريع الجنائي الإماراتي ولا في التشريع المصري ولا في التشريع الفرنسي بالعقاب على نقل فيروس الإيدز من خلال عملية نقل الدم كما لم تتعرض التشريعات الخاصة بحفظ الدم ونقله إلى العقوبات الجنائية الواجب فرضها على المتبرع بالدم أو على العاملين في مراكز نقل الدم في حالة التبرع والنقل المتعمد لدم ملوث بفيروس الإيدز أو في حالة خروجهم خروجا معيبا عن القواعد الفنية الخاصة بفحص الدم أو مشتقاته ، مما يدلل أن هذه الجريمة تركت لتحكم وفقا القواعد العامة للمسئولية الجنائية التي ترمي إلى فرض العقاب لردع الجاني وحماية المجتمع من شره .

ومع ذلك فهناك تشريعات وضعت نصوصا خاصة للعقاب في حالة نقل عدوى مرض الإيدز . ومن هذه التشريعات القانون الكويتي ، حيث نصت المادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢، حيث عاقبت على نقل فيروس الإيدز إلى الغير بالحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات و بغرامة لا تتجاوز سبع آلاف دينار كل من علم انه أنه مصاب بفيروس الإيدز و تسبب بسوء نية و قصد في نقل العدوى إلى شخص آخر . و كما هو الحال في بعض الولايات في استراليا , فالمخاوف التي يعبر عنها في المجتمع الاسترالي بشأن استخدام الحقن الملوثة بالدم المصاب بفيروس الإيدز أو التبرع بكميات كبيرة به إلى مراكز نقل الدم أو الاهتمام المتعمد بفحص الدم بسبب الحقد و الشر أو أثناء ارتكاب الجنايات و الجنح العمدية و ما يترتب على ذلك من أضرار تصيب الآخرين قد دفعت بعض الولايات إلى تعديل تشريعاتها الخاصة بالجرائم لفرض أحكام سجن مشددة عن جرائم كهذه , ففي ولاية(نيوساوث ويلز و فكتوريا و كوينزلاند) يعد القيام بنقل العدوى لمرض الإيدز على نحو متعمد أو بقصد إلحاق الأذى المتعمد بالغير ونقل فيروس الإيدز إليه هي السجن لمدة خمسة و عشرين عاما , مما يتضح لنا أن المشرع في الولايات الاسترالية - المذكورة - أعلاه قد اعتبر النقل العمدي لفيروس الإيدز من جرائم الخطر لا من جرائم الضرر أي بمجرد توصل الجاني -سواء كان متبرعا بالدم أو أحد أفراد الكادر الطبي المختص بفحص الدم أو نقله - إلى إدخال فيروس الإيدز إلى جسم المجني عليه تتحقق الجريمة و تستلزم توقيع العقوبة دون انتظار تحقق نتيجة معينة كظهور أعراض المرض أو إصابته بعاهة مستديمة أو تحقق الوفاء بالفعل.

أما في دولة الإمارات العربية المتحدة فإن جريمة نقل فيروس الإيدز إلى الغير عمدا عن طريق الدم الملوث تدخل ضمن الجرائم المضرة بالصحة العامة ، ذلك أن المشروع الإماراتي لم يشترط استخدام وسيلة معينة لارتكاب الفعل المكون للجريمة , فقد تكون الوسيلة الدم الملوث أو أحد مشتقاته طالما تؤدي إلى حصول النتيجة الجرمية التي يسعى المشرع إلى مكافحتها و الحيلولة دون وقوعها أو عقاب مرتكبها عند حصولها أو الشروع فيها , وهي نشر أحد الأمراض الخطيرة المضرة بحياة الأفراد. و فيروس الإيدز

من الأمراض التي تنطوي على خطورة أكيدة تفوق خطورة سائر الأمراض المعدية([1]) الأخرى , و تتمثل هذه الخطورة في سرعة انتشاره لعدم وجود لقاح أو أدوية مضادة, إذ مازال العلم الطبي عاجزا أمام ايجاد وسيلة علاج تقضي على هذا المرض أو تقلل من خطورته , و إنما تعمل كل العقاقير المكثفة على الإقلال من الام المرض أو عدم إطالة مدته([2])، فيعيش المريض به مهددا باستمرار بالموت بأي لحظة .

وفي مجال عمليات نقل الدم نجد أن فعل الجاني المتمثل بالتبرع بالدم الملوث أو عدم إجراء الفحص اللازم للكشف عن وجوده أو نقله إلى جسم المجني عليه من قبل أحد أفراد الكادر الطبي يصلح دائما لإحداث النتيجة الجرمية المتمثلة في انتشار مرض الإيدز نظرا لطبيعة هذا الفيروس و خصائصه المعقد و الخطرة .

ومتى ثبت توافر الركن المادي للجريمة من نشاط إجرامي و نتيجة جرمية متمثلة بإيجابية دم المجني عليه لفيروس الإيدز و علاقة سببية تربط بينهما مع ثبوت القصد الجنائي لدى الجاني و الذي يتحقق باتجاه إرادته إلى، ارتكاب السلوك الإجرامي و إلى تحقيق النتيجة المعاقب عليها و هي إصابة أحد الأشخاص بفيروس هذا المرض مع علمه بجميع عناصر الواقعة الإجرامية , أصبح الجاني مسؤولا عن جريمة نشر مرض خطير و استحق العقاب المنصوص عليه في القانون . وعلى الرغم من رجحان اتجاه المشرع الإماراتي بصدد اعتبار الجرائم المضرة بالصحة العامة من الجرائم ذات الخطر العام , إلا أننا نأخذ عليه بأنه يرتب عقوبة قليلة على مرتكب هذه الجريمة لا تنسجم نهائيا مع الخطورة المترتبة على نشر أحد الأمراض السارية أو المعدية و خاصة إذا كان هذا المرض هو فيروس الإيدز . لذلك لا نجد هذه المواد المذكورة في قانون العقوبات منفذاً عادلا للعقاب على النقل العمدي لفيروس الإيدز ومنع انتشاره لعدم انسجام العقوبة مع الخطورة المترتبة على نقل هذا الوباء من جانب ولا تباع وصف المادة الضارة على الأمراض التي تتحقق بنشرها هذه الجريمة من جانب آخر , ذلك لأن فيروس الإيدز يعد مادة قاتلة مزهقة لروح المجني عليه وليست ضارة , و إن إعطاء التكييف الأخير أو الوصف القانوني الأخير سيساوي من حيث الخطورة بينه وبين الأمراض السارية الأخرى التي تنتقل عن طريق نقل الدم كالتهاب الكبد و الزهري . في حين أن التأثيرات التي تحدثها هذه الأمراض على جسم الإنسان لا تصل إلى ما يرتبه فيروس الإيدز من مخاطر حتمية على حياة الإنسان والتي تساوي إن لم تتفق ما تحدثه المواد السامة أو القاتلة في جميع الأحوال إذ يعد المصاب به في حكم الموت .

لذلك نقترح على المشرع الإماراتي معالجة هذه الجريمة بتعمق أكثر و فرض عقوبات منسجمة مع ما يتعرض له المجني عليه من آلام عضوية و نفسية نتيجة التفكير المستمر في حياته التي توشك على الانتهاء و فقدانه الأمل في المستقبل , ذلك أن الخوف من المرض هو أشد وطأ من المرض نفسه وما يصاحب ذلك من انعزال الفرد عن المجتمع المحيط به أو انعزال المجتمع المحيط به عنه الأمر الذي يفقد المريض قيمته الذاتية وثقته بنفسه علاوة على المشاكل الاقتصادية و الاجتماعية الناتجة عن هذا المرض . و الأهم من ذلك قد يتخذ فيروس الإيدز كوسيلة لتخريب البلاد عن طريق نشر هذا المرض الخطير بين أفراد المجتمع , و يا حبذا لو اتبع المشرع الإماراتي النهج الذي سار عليه المشرع في بعض الولايات الاسترالية التي تعتبر هذه الجريمة من قبيل الجنايات لا الجنح و تجعل الحد الأعلى للعقوبة السجن خمسة و عشرين عاما .

---

[1] نوار دهام مطر الزبيدي / الحماية الجنائية للبيئة ضد أخطار التلوث /رسالة دكتوراه / جامعة بغداد / ١٩٩٧ , ص١٣٠

[2] محمد عبد الظاهر حسين ,المرجع السابق , ص٦٢ وما بعدها

ثانيا : موقف الفقه

في مجال المسؤولية الجنائية , ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن نقل عدوى الإيدز الى الغير عمدا يقع تحت طائلة جناية التسميم ([1]). على أثر ما حدث في أحد المستشفيات الفرنسية حيث توفي (١٢٠٠) شخص من مرض الهيموفيليا نتيجة نقل الدم الملوث إليهم لأن المستشفى لم تهتم بتسخين الدم مما يقضي علما التلوث([2]). و يضرب أنصار هذا الفريق الحجج التالية :

أولا :إن نقل عدوى الإيدز تتوافر به جميع العناصر المادية و المعنوية لجناية التسميم المنصوص عليها في المادة (٣٠١)من قانون العقوبات الفرنسي الملغى.

ثانيا : إن الحكمة من تشديد العقاب في حالة القتل بالتسمم متوافرة في حالة إعطاء فيروسات الإيدز من حيث سهولة ارتكاب الفعل و بأسلوب خفي يعجز المجني عليه من الدفاع عن نفسه , و الغدر و الخيانة بالمجني عليه من الجاني الذي يثق فيه و لا يتخذ إزاءه احتياطات لأنه لا يتصور أن يصدر عنه شر مما يجعل إثباتها عسيراً ([3]).

ثالثا : إن نقل العدوى بفيروس الإيدز أخطر من القتل بالسم لعدم إمكان تلافي أثره بإعطاء ترياق .

رابعا : إن العدول الاختياري للجاني غير متصور إلا في المرحلة السابقة على فعل إعطاء فيروس الإيدز لأن الطب لم يتوصل حتى الآن إلى مصل واق أو علاج فعال لهذا المرض الفتاك .

خامسا : إن ظاهر نص (٣٠١) من قانون العقوبات الفرنسي الملغى لا تتكلم إلا عن "جواهر يتسبب لها الموت " دون أن توصف بأنها " سامة " تسبب الموت من خلال تفاعلات كيميائية, ومن أجل هذا يكفي أن تكون المادة " قاتلة" دون أن تكون طبيعتها سامة حتى نكون بصدد جريمة تسمم , كتقديم الفيروس أو تقديم البكتريا الميتة ,فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية تسميما كل اعتداء على حياة شخص ليس فقط باستخدام مادة سامة و لكن أيضا باستخدام مواد أخرى يمكن أن تؤدي إلى الموت , كما قضت بحكم آخر لها بالإدانة عن جريمة تسميم في حالة تطعيم شخص بفيروس التيفوئيد , و هذا الأمر ينطبق على فيروس الإيدز , فالفيروس ليس مادة سامة بطبيعتها , و إنما هو مادة قاتلة تهاجم جهاز المناعة بالجسم في مقتل فتسبب ضعف الدفاعات المناعية عند المريض و تعرضه إلى أنواع عدوى متعددة بمجرد دخولها إلى جسمه ([4]).

سادسا : إن المشرع الفرنسي لم يجعل جناية التسمم جريمة تتحد مع جريمة القتل العمد في كل عناصرها و تتميز عنها فحسب بعنصر الوسيلة , و إنما جعلها نشاطا بحتا أو جريمة شكلية العبرة فيها استخدام المادة

---

[1] . LAURENCE ENGEL Le droit Francais de la responsabiLite a pres LaFFaire du sang cantamine Regards , sur Lactualite decembre , 1994,p.3.

[2] : تقدمت اسر المتضررين بإحدى عشر شكوى ضد رئيس الوزراء و وزير الصحة الفرنسي و وزير الشؤون الاجتماعية و الأطباء المسئولين عن نقل الدم , ورفعت قضية نقل الدم الملوث أمام محكمة جنح باريس في صيف ١٩٩٢, حيث مثل أدمون أرفيه وزير الصحة الفرنسي الأسبق أمام المحكمة لسماع أقواله في فضيحة الدم الملوث بالايدز و الذي جرى توزيعه على العديد من المستشفيات و أصاب عدد أكبر من المرضى بالعدوى , كما جرى استجواب جورجينا ديفوا وزيرة الشؤون الاجتماعية السابقة ثم لوران فابيوس رئيس الوزراء الأسبق , أنظر محمد عبد الظاهر حسين , المرجع السابق , ص ٣٣

[3] : الدكتور محمود نجيب حسني / شرح قانون العقوبات / القسم الخاص , دار النهضة العربية / ١٩٧٨, ص ٩٥

[4] DIETER HART – HIV - InFeKtionen durch BLUt und Blutprodukte , MedR - 1995 – P. 61 - 63

القاتلة بقصد إحداث الوفاة ولم تقع الوفاة فعلا ([1]). أي يتحقق ركنها المادي بمجرد إعطاء السم للمجني عليه و سواء بعد ذلك توفي الشخص أم بقي على قيد الحياة ([2]). و قد سار القضاء الفرنسي على القول بأن الجريمة تعد تامة ، فالنتيجة لا تتحقق بالقضاء على الحياة كما هو الحال في جريمة القتل العمد , و إنما تتحقق بتهديد الحياة بواسطة المادة القاتلة , و بتعبير آخر إن النتيجة في جريمة التسمم ليست من قبيل نتائج الضرر و إنما من نتائج الخطر([3]).

سابعا: من الثابت علميا أن فيروس الإيدز القاتل يمكن توصيله إلى جسم الإنسان عن طريق الدم وذلك في حالات نقل الدم خلال العمليات الجراحية ولمرضى"سيلان الدم" "الهيموفيليا" وهو مالا يتعارض مع نص المادة (٣٠١) من قانون العقوبات الفرنسي الملغى إذ لم تحدد هذه المادة طريقة معينة لإعطاء المواد القاتلة أو السامة.

ثامنا: أما من حيث القصد الجنائي فهو متوافر أيضا ، لأن التسميم لا يكون إلا عمديا. فمتى تتوافر نية التسميم لابد أن يكون فعل الإعطاء قد تم عن إرادة مع العلم بالسبب ، أي أن يعلم الفاعل أنه يعطي الفاعل مادة قاتلة ، ويتحقق ذلك إذا خلط مساعد المعمل عن علم ودراية دم ملوث بفيروس الإيدز بدم سليم أيا كانت البواعث الدافعة لفعله.

وعلى الرغم من الحجج السابقة فقد عارض جانب من الفقه الفرنسي اعتبار نقل دم ملوث بفيروس الإيدز إلى الغير عمدا بمثابة التسميم –عند التعليق على قضية نقل الدم الملوث – وفي رأيه أن هذا التكييف مغالى فيه لأن المادة (٣٠١) من قانون العقوبات الفرنسي الملغى(الذي ارتكبت الواقعة في ظله) تعطي وصفاً لجريمة تتجاوز كثيرا ما قد يوجه إلى المسئولين في مركز الدم و مساعديهم ، فليس من المعقول تشبيه مستحضرات الدم الملوث بفيروس الإيدز بمادة قاتلة بمفهوم المادة(٣٠١) الملغاة والتي تقابلها المادة(٥/٢٢١) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، إضافة إلى ذلك أن المسئولين في مراكز نقل الدم لم يعطوا شيئا إلى مرضى "الهيموفيليا" (متلقي الدم) ، وكذلك لا يمكن اعتبارهم شركاء بالتحريض على التسميم الذي يقوم به العاملون في مجال نقل الدم ، لأنه يجب أن تتوافر لديهم نية القتل وهي الطابع المميز بجريمة التسميم ، كما أن العاملين في الحقل الطبي قد قاموا بأعمال طبية غير ضارة في نظرهم ولم يكونوا مدركين لعواقبها الخبيثة، فالفقه يتطلب لقيام جريمة التسميم -إن لم تكن نية القتل- فعلى الأقل "الإدراك بوجود احتمال بأن تسبب المادة المعطاة الوفاة" .

أما الفقه المصري فقد اعتبر النقل العمدي لفيروس الإيدز إلى الغير عمداً قد يقع تحت طائلة جريمة القتل العمد أو الضرب أو الجرح بحسب توافر قصد القتل من عدمه([4]) ، لأنه لم يعتبر فيروس الإيدز من قبيل المواد السامة حيث اشترط الفقه أن تكون المادة المستخدمة في القتل مادة سامة بطبيعتها حتى تقع تحت طائلة جريمة القتل بالسم المنصوص عليها في المادة (٢٣٣) من قانون العقوبات المصري والتي تنص على أنه" كل من قتل أحدا عمدا بجواهر يتسبب عنها الموت عاجلا أو آجلا يعد قاتلا بالسم أيا كانت كيفية استعمال تلك

---

[1]: الدكتور جلال ثروت / القسم الخاص / الجزء الأول / جرائم الاعتداء على الأشخاص الدار الجامعية للطباعة و النشر / الإسكندرية /١٩٨٤/ ص١٧١.

[2]: الدكتور محمود نجيب حسني , المرجع السابق , ص ٩٤

[3]: الدكتور جلال ثروت , القسم الخاص , المرجع السابق , ص ١٧٢

[4] : الدكتور جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي والإيدز ، دار النهضة العربية ،ص٣٢

الجواهر ويعاقب بالإعدام " ، فعلى الرغم من أن المشرع لم يتطلب صراحة أن تكون المادة المعطاة (سما) مكتفياً بالقول " من قتل أحدا عمداً بجواهر يتسبب عنها الموت...." إلا أنهم استخلصوا اشتراط أن تكون المادة سماً من وصف الشارع معطي هذه المواد بأنه "يعد قاتلا بالسم" .

ثالثا: موقف القضاء

لم تعرض على ساحة القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة أي قضية متعلقة بنقل عدوى الإيدز لأن دولة الإمارات من بلدان العالم التي أحكمت السيطرة على دخول المرض إليها .

أما القضاء المصري فقد عرضت بعض من هذا القبيل ، ففي إحدى القضايا المتعلقة بنقل عدوى فيروس الإيدز من زوج إلى زوجته ، حيث انقضت الدعوى بوفاة المتهم قبل إحالته إلى محكمة الجنايات .

وفي فرنسا عرضت عدة قضايا على المحاكم ومن أشهرها قضية الدم الملوث[1]. وهي التي سنتولى الحديث عنها ، حيث أثيرت فكرة التسميم في فرنسا بمناسبة قضية الدم الملوث وقد استبعدت المحاكم الفرنسية وصف التسميم استنادا إلى الحجج التالية:

أن المادة (٣٠١) من قانون العقوبات الفرنسي التي (ارتكبت الواقعة في ظلها) جاءت في باب القتل والاغتيال وقتل الآباء والأطفال حديثي الولادة ، ولما كانت هذه الجرائم تتطلب توافر نية القتل لدى الفاعل ، وكانت تلك النتيجة التي تمثل العامل المشترك بين هذه الجرائم التي لا تختلف فيما بينها إلا بسبق الإصرار أو صفة المجني عليه أو بالوسيلة المستخدمة لتجسيد إرادة الفاعل . فيجب لقيام جريمة التسميم توافر نية إزهاق روح المجني عليه ، فهو فعل عمدي أي ارتكب بقصد تحقيق نتيجة معينة وهي موت المجني عليه. وهذا غير متوافر في جريمة نقل فيروس الإيدز إلى الغير عمدا . وقد ترتب على استبعاد القضاء الفرنسي لشبهة التسميم إلى إدانة المتهمين في قضية الدم الملوث على أساس جريمة الغش في سلعة .

أما نحن فنرى أن جريمة نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز إلى الغير عمدا ما هي إلا جناية تسميم تنطبق عليها أحكام المادة (٢٢١/٥) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد نظرا للتشابه الكبير ما بين فيروس الإيدز والمادة السامة التي من شأنها إحداث الموت لما يملكه من خاصية إماتة الخلايا إذ يصيب خلايا خاصة في الدم تشارك في الدفاع الطبيعي عن الجسم مما يفقد المجني عليه القدرة على مقاومة الأمراض من كافة الأشكال فتهاجمه البكتيريا والفطريات والطفيليات والفيروسات وترتع فيه الخلايا السرطانية ولا تتركه إلا بعد القضاء المبرم عليه ، وبهذا الوصف يكون فيروس الإيدز أخطر من المادة السامة التي يصح وصفها بأنها سامة وفقاً للمفهوم الذي حدده الفقه ،حيث عرف المادة السامة بأنها " المادة التي من شأنها إحداث الموت ذلك لأنها تملك خاصية إماتة الخلايا أو شل الأعصاب أو تحلل الأعضاء مما يفضي في النهاية إلى الموت[2].

فإذا قصد الجاني من إعطاء الدم الملوث إزهاق روح المجني عليه، فإنه يسأل عن جريمة القتل العمد إذا حدثت الوفاة أو عن شروع في القتل إذا تخلفت النتيجة لسبب خارج عن إرادته ، ذلك لأن الأفعال التي من شأنها إحداث الموت لا تقع تحت الحصر فقد ينتج القتل عن ضرب أو جرح أو تسليط تيار كهربائي أو إعطاء مادة ضارة بطريق الحقن أو عن طريق الفم بقصد القتل ، أي لا أهمية لنوع أو طبيعة الوسيلة المستعملة في القتل . أما إذا لم تتجه إرادة الجاني إلى إزهاق روح المجني عليه ، واقتصر قصده على الإخلال بصحته فإنه يسأل عن جريمة إعطاء مادة ضارة ، وكذلك إذا استعمل الجاني فيروس الإيدز ولكن كان هدفه لا

---

[1] . Laurence engel , le cas de laffaire du sang contamine op.cit.p.14

[2] : الدكتور جلال ثروت /السّم الخاص /المرجع السابق/ص١٧٦

يتجاوز الإضرار بصحة المجني عليه وسلامته البدنية ، لأن المعول عليه هو القصد الجنائي لدى الفاعل بغض النظر عن طبيعة المادة سواء كانت قاتلة مميتة كفيروس الإيدز أو ضارة مؤذية كفيروس التهاب الكبد أو الزهري.

أما في الشريعة الإسلامية ، فإن الفقهاء المسلمون قد أجمعوا أثناء انعقاد الندوة الفقهية بعنوان "رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرضى الإيدز" حيث عقدت هذه الندوة تحت إشراف الجمعية الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت للفترة من ٦-٨ سبتمبر ١٩٩٣ وتوصلت إلى القرارات التالية:

١. إذا كان قصد الفاعل إشاعة ونشر هذا المرض الخطير بين أفراد المجتمع فإن هذا الفعل يعد من أنواع الحرابة والإفساد في الأرض وبالتالي يستوجب عقوبة من العقوبات التي وردت في آية الحرابة.

٢. إما إذا كان الفاعل من قصده نقل العدوى هو محدد إصابة شخص معين بالذات وان الطريقة التي استعملت بنقل العدوى تؤدي إلى الإصابة بهذا المرض الخبيث وتم ذلك وانتقل إليه فيروس الإيدز حيث أصيب بالمرض وانتهت بوفاته من جراء نقل العدوى إليه فإن الذي ينقل الفيروس إليه يعاقب بالقتل قصاصاً.

٣. أما إذا تعمد الفاعل نقل فيروس الإيدز إلى الشخص الآخر وتم ذلك فعلا إلا أن النتيجة لم تتحقق وهي موت المصاب فإن المتعمد يعاقب بعقوبة تعزيرية تتناسب وجسامة الفعل، وعند الوفاة يحق للورثة المطالبة بالدية.

٤. أما إذا قصد شخص نقل العدوى بفيروس الإيدز إلى شخص معين إلا أن نقل المرض لم يتم ولم يصب بالعدوى لأي سبب كان فإن الفاعل يعاقب بإحدى العقوبات التعزيرية.

هذا ما اجمع عليه المؤتمرون من فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني
أركان الجريمة

تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان:

الركن الأول : محل الجريمة: تفترض جريمة القتل أن يكون المجني عليه إنساناً حياً وقت ارتكاب الجاني فعله الإجرامي بصرف النظر عن جنسيته أو سنه أو مركزه الاجتماعي أو جنسه، ومهما كانت حالته الصحية أو بنيته ولو كان مريضاً على وشك الموت.

وفيما يتعلق بموضوع البحث يجب ألا يكون المجني عليه مصاباً بصورة مسبقة بمرض الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي أو الزهري ، وإلا كنا بصدد جريمة مستحيلة لعدم إمكانية بلوغها لفقدان الموضوع .

الركن الثاني: الركن المادي: يقوم الركن المادي في جريمة القتل على عناصر ثلاثة : النشاط، النتيجة، العلاقة السببية.

أولا: النشاط: يجب أن يأتي الجاني فعلاً في سبيل الوصول إلى النتيجة التي يجرمها القانون وهي إزهاق الروح سواء اتخذ هذا الفعل شكل السلوك الإيجابي أو شكل الامتناع.

وفيما يتعلق بموضوع البحث نكون بصدد السلوك المكون لجريمة القتل إذا نقل الجاني دماً ملوثاً بمرض معد إلى آخر مادام المرض كافياً لإحداث النتيجة وهي الوفاة، فإذا كانت العدوى بمرض التهاب الكبد أو

الزهري من شأنها أن تؤدي إلى الوفاة وفقا للمجرى العادي للأمور ، فلا يوجد ما يمنع قانونا من صلاحية هذه الوسيلة للقتل باعتبار أن سلوك القتل إنما يتحدد وفي شكله القانوني بدى فاعليـة السـببية لإحـداث النتيجة([1]) ، وهذا ما ينطبق بشكل أكيد على فيروس الإيدز باعتباره وسيلة صالحة دائما لإحـداث الوفـاة وإن تراخت لفترة من الزمن.

كما يمكن أن تتحقق جريمة نقل دم ملوث بسلوك سلبي متمثل في امتناع مساعد المختبر عمدا عن إجـراء الفحوص اللازمة للكشف عن الفيروسات المنتقلة عن طريق الدم طالما توافر في هذا الامتناع سلوك القتـل المتمثل في كفاية إحداث النتيجة وهي إزهاق روح متلقي الدم .

ولا يعني هذا أن الطبيب أو مساعد المختبر هو الفاعل الوحيد في هذه الجريمة، وإنما هناك شخص آخـر يكشف عن خطورة إجرامية كبيرة وهو المتبرع بالدم الملوث ، الذي يجعل كلاً مـن الطبيـب ومسـاعد المختبر أو المريض المنقول إليه الدم ضحية لنقل العدوى وذلك عن طريق التبرع عمداً بكميات كبيرة مـن الدم الملوث إلى مراكز نقل الدم أو الامتناع عن إعطاء معلومات طبية صحيحة إلى العـاملين فـي هـذا المركز أو إخفاء أي معلومات يعلم أنها مفيدة للكشف عن تاريخه الصحي في سبيل الوصول إلى النتيجـة التي يجرمها القانون وهي وفاة المنقول إليه الدم من جراء عدوى الإيدز أو غيره.

وإذا كان فيروس الإيدز يقترب من المادة السامة نظرا التأثير الذي يحدثه على خلايا وأنسجة الجسم ، فـلا يهم بعد ذلك أن يحقن المريض بكمية ضئيلة أو كبيرة بفيروس هذا المرض ، إذ هو في الحالتين لم تتغـير خاصيته في الأمانة وبناء على ذلك يعد فيروس الإيدز دائما وسيلة صالحة لإحداث الوفاة بغض النظر عن كمية الدم الملوث المنقول إلى المريض . لكن الأمر يختلف إذا كان الدم المراد نقله إلى المريـض غـير ملوث بفيروس الإيدز وإنما اعتقد الجاني خطأ أنه كذلك كما لو خلط مساعد المختبر دمه السليم على أنـه ملوث بفيروس الإيدز بدم سليم يعود لشخص آخر بقصد قتل أي شخص يحقن به ، إذ نكون بصدد جريمة مستحيلة استحالة مطلقة بسبب عدم صلاحية الوسيلة وبالتالي لا تـترتب أيـة مسـئولية جنائيـة علـى الإطلاق([2]).

ثانيا: النتيجة : النتيجة التي تتم بوقوعها جريمة القتل هي إزهاق الروح ، وهذه النتيجة قد تتحقـق إثـر النشاط وقد يتراخى تحققها وقتا ، إلا أن ذلك لا يمنع إن تحققت من اعتبار الفعل قتلاً عمداً طالمـا كـانت علاقة السببية واضحة وقائمة بين النشاط والنتيجة ومادام قصد القتل قائماً . أما بالنسبة للموضـوع الـذي نحن بصدده فنجد أن الشخص الذي ينقل إليه فيروس الإيدز يبقى يعاني من المرض لفترة طويلـة حتـى يموت([3]). لأنه يقتل المصاب به من خلال القضاء على فاعلية جهازه المناعي بحيث يصبح فريسة سـهلة لمهاجمة العديد من الفيروسات والبكتيريا والطفيليات والفطريات ، وبالتالي تكون الوفاة بالنسـبة للمجنـي عليه الذي نقلت إليه عدوى الإيدز نتيجة حتمية لفقدان مناعة الجسم.

الشروع : إذا كان الجاني قد بدأ بنشاطه الإجرامي ولم تتحقق نتيجته وهي إزهاق الروح بأن أوقف نشاطه أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادته فيها ، فإن الواقعة لا تعد قتلاً وإنما شروعاً فيه. والشروع في القتـل متصور باستخدام فيروس الإيدز ، مثال ذلك أن يتبرع شخص مصاب بفيروس الإيدز بكميات كبيرة مـن

---

[1] : الدكتور مأمون سلامة، المرجع السابق، ص١٤

[2] : الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي /شرح قانون العقوبات /القسم الخاص/مطبعة الزمان /بغداد/ ١٩٩٦ص ١١٠

[3]: Deutsch das gesetz uber die humanitae hilfe fur durch blutprodukte HIV-Infizierte, neue juristische wochenschrift 1996.p.756.

الدم الملوث إلى أحد مراكز نقل الدم وهو يعلم أنه مصاب بهذا المرض أو أنه حامل لفيروسه بقصد نقل العدوى إلى الغير ثم يكتشف أمره قبل أن ينقل الدم الملوث إلى الغير أو أن يستبدل مساعد الطبيب الدم السليم المراد نقله إلى المريض بالدم الملوث بالفيروس الذي هيأه سابقا وإدخاله غرفة العمليات لأجل نقله إلى المريض فيمنعه الطبيب المكلف بتحضير الدم للمريض من إكمال فعله بعد أن اكتشف نيته التي تنصرف بلا شك إلى القتل .

أما إذا توصل الجاني إلى هدفه وتمكن من تنفيذ فعله بنقل الدم الملوث بفيروس الإيدز إلى المجني عليه ، فليس بوسعه أن يعدل عن إتمامه باختياره ، إذ لا يتصور العدول الاختياري في هذه الحالة لأن هذا العدول يتطلب أن يكون عمل الجاني مما يمكن تداركه بعد وقوعه حتى يكون لسعيه في منع وقوع نتيجته أثرا في انتفاء الشروع وبالتالي محو الجريمة.

ثالثا: علاقة السببية بين السلوك والنتيجة:

لكي يتحقق الركن المادي في جريمة القتل العمد ، يجب أن يكون السلوك المرتكب الذي يتم بوسيلة محددة هو الذي سبب وفاة المجني عليه ، ويتوافر ذلك متى كانت هناك علاقة سببية مادية بين السلوك والنتيجة بحيث يصح أن يقال بأن وفاة المجني عليه هي نتيجة لفعل الجاني ، وعندما يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد في حدوث الوفاة لا تثير رابطة السببية أية مشكلة ، كمن يدس السم لآخر فيموت فورا ، وفي هذه الحالة لا يتطلب لإثبات رابطة السببية أكثر من إسناد الواقعة إلى شخص الجاني ، لكن الأمر يصعب وتثور مسألة علاقة السببية إذا تراخت النتيجة عن الفعل وتداخلت عوامل أخرى بينهما . وفيما يتعلق بموضوعنا يلاحظ أننا في مجال المسئولية الجنائية عن عمليات نقل الدم نكون أمام نوعين من الإسناد أو علاقة السببية ، الأول : الإسناد الطبي، الثاني: الإسناد القانوني.

فيما يتعلق بالإسناد الطبي ، وذلك بإسناد الإصابة بالمرض إلى عملية نقل الدم عن طريق أهل الخبرة الطبية ومن خلال طرحهم للعديد من الأسئلة وبالإجابة عليها يتحقق هذا النوع من الإسناد([1]).ومن هذه الأسئلة بوجود الإصابة بالفيروس من عدمها ، ويتحقق ذلك من خلال إجراء الفحوص والتشخيصات الطبية اللازمة للوقوف على وجود المرض.

الركن الثالث : الركن المعنوي:

القتل جريمة عمدية تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام ، والقصد الجنائي العام هو العلم المصاحب لإرادة النشاط المادي في الجريمة ، أما العلم فيجب أن ينصرف إلى كل عناصر الجريمة ، أي إلى كون المجني عليه إنساناً وكونه حياً سليما من المرض المعدي المنقول إليه ، كما يجب أن ينصرف إلى الفعل أو الامتناع الذي يتوصل به الجاني إلى نقل فيروس المرض إلى المجني عليه ، وإلى كونه مؤدياً إلى النتيجة الإجرامية وهي الوفاة.

أما الإرادة فيجب أن تشمل الفعل المادي كما يجب أن تطال النتيجة الجريمة (الوفاة) أي يجب أن يوجه الفاعل إرادته إلى نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز إلى المجني عليه ، وأن يكون هذا الفعل نابعاً عن وعي الشخص وشعوره ، كما يجب أن تنصرف نية الفاعل إلى إزهاق روح المجني عليه باعتباره هدف الإرادة وغرض الفاعل .

---

[1] : الدكتور محمد عبد الطاهر حسين/المرجع السابق/ص١٣٣ وما بعدها

والقتل بفيروس الإيدز يمكن ارتكابه بقصد احتمالي إذا توقع الجاني وفاة المجني عليه كنتيجة ممكنة للفعل الذي سيستمر به على الرغم من احتمال تحقيق هذه النتيجة راضياً بوقوعها ومرحبا بها إن وقعت.

مثال ذلك أن يخفي مساعد المختبر متعمداً حقيقة نتائج الفحص الذي قام به للكشف عن فيروس الإيدز بسبب صلة القرابة التي تربطه بالمتبرع بالدم وهو يعلم أن هذا الدم سيتم نقله إلى إنسان بريء وبعد التأكد من وجود الإصابة يأتي السؤال الآخر والذي يدور حول إثبات أن الدم الذي تم نقله كان مصاباً أو ملوثا.

أما الإسناد القانوني ، فيقصد به إسناد الإصابة بالمرض إلى الدم المنقول الملوث من الناحية القانونية ، أي إثبات أن الإصابة بالفيروس لم يكن لها طريق آخر سوى الدم الملوث ، وبذلك يكون الضرر الناتج والذي لحق المجني عليه نتيجة مباشرة لنقل دم ملوث ، كما لا يكفي لقيام جريمة القتل بفيروس الإيدز مجرد إسناد الإصابة بالفيروس إلى عملية نقل الدم ومن ثم إسناد فعل نقل الدم أو الامتناع عن إجراء فحوص الدم إلى الجاني وإنما يلزم أيضا إسناد وفاة المجني عليه إلى هذا الفعل أو الامتناع ، وإلا كانت الواقعة مجرد شروع في القتل.

ولا يثير هذا الإسناد أي صعوبة من الناحية القانونية إلا إذا وجدت عوامل أخرى إلى جانب فعل الجاني أسهمت معه في إحداث النتيجة . وهذا الأمر متصور بالنسبة لنقل العدوى بفيروس الإيدز عن طريق الدم الملوث . كما إن وفاة المجني عليه قد لا تحدث إلا بعد مدة طويلة من تاريخ وقوع الإصابة والتي قد تتجاوز عشر سنوات ، وفي هذه الحالة قد تتداخل عوامل كثيرة مع فعل الجاني الذي يصعب معها معرفة مرتكب الجريمة وإقامة الدليل ضده ، خاصةً وأنه يقع على عاتق المجني عليه إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة.

ولم يمنعه هذا الخطر من المضي في تنفيذ جريمته عن طريق تسجيل نتائج التحليل غير الحقيقية على نموذج دم المتبرع وعدم إبلاغ السلطات المختصة عن هذا المرض الخطير قابلاً المخاطره بحدوث النتيجة التي تستوي في نظره حصولها أو عدم حصولها.

وقد يتحقق القصد الاحتمالي بالنسبة لنتيجة جرمية أخرى غير وفاة المجني عليه المقصود ، مثال ذلك الحالة التي يتوصل بها الجاني إلى نقل دم ملوث بفيروس الإيدز إلى المجني عليه بقصد إزهاق روحه ، وهو يتوقع في الوقت نفسه أن جريمته قد تؤدي إلى إصابة شخص آخر كالزوجة والأبناء ، وفعلا ينقل المجني عليه فيروس الإيدز إلى زوجته عن طريق الاتصال الجنسي وهو لا يعلم أنه حاملا لفيروس الإيدز فتموت الزوجة متأثرة بإصابتها ويبقى الزوج على قيد الحياة . ففي مثل هذه الحالة يسأل الجاني عن الشروع في القتل بالنسبة للزوج وذلك لأن فعله لم يؤدي إلى النتيجة الجرمية المقصودة -إزهاق الروح- وذلك لسبب خارج عن إرادته على الرغم من أنه استنفد نشاطه الإجرامي بنقل دم ملوث إلى المجني عليه ، إلا أن الإصابة بالفيروس لم تحدث تأثيرها على جسم المجني عليه بالشكل السريع كما كان متوقعا من قبل الجاني وتراخت الوفاة مدة من الزمن إلا أن الجاني يسأل عن جريمة القتل بالنسبة للزوجة لا على أساس القصد المباشر وإنما على أساس القصد الاحتمالي ، لأن الجاني نقل دماً ملوثاً إلى المجني عليه بقصد إزهاق روحه قد توقع في الوقت نفسه أن جريمته قد تؤدي إلى إصابة زوجته بفيروس هذا المرض وبالتالي موتها ، ومع ذلك مضى في ارتكاب جريمته قابلاً المخاطرة بها .

أما إذا توفى الزوج إلى جانب وفاة زوجته فإن الجاني يسأل في الحالتين عن جريمة القتل العمد ، لأنه يقصد في الحالتين إزهاق الروح ، ولكنه يسأل في الحالة الأولى مسئولية مبناها القصد المباشر ، ذلك لأن الجاني قد توقع وفاة المجني عليه كنتيجة لازمة لفعله المتمثل بنقل الدم الملوث أو الامتناع عمداً عن

إجراء فحوص الدم، وقد تنقل الزوجة المصابة بفيروس الإيدز إلى الجنين بواسطة الدم عن طريق المشيمة([1]) ، ويحدث ذلك عادة إذا كانت الزوجة حاملاً أثناء الاتصال الجنسي أو بعده مما توجب هذه الإصابة مساءلة الجاني عن نقل عدوى فيروس الإيدز إلى الأم والجنين على أساس القصد الاحتمالي طالما تعددت الاحتمالات في ذهن الجاني حول تحقق هذه النتائج كأثر ممكن لعملية نقل الدم الملوث ، فقد تحدث أو لا تحدث ، ولكنه قبلها وسعى فعلا إلى إحداثها . ولكن يسأل الجاني عن إصابة المجني عليه وزوجته مسئولية مبناها القصد المباشر ، إذا كانت الزوجة هي المقصودة ، من عملية نقل الدم الملوث ، وقد استخدم الجاني زوجها وسيلة لنقل عدوى المرض إليها عن طريق الاتصال الجنسي حتى ولو ثبت أن وفاة المجني عليه (الزوج) لم تكن هي النتيجة التي سعى إلى تحققها من وراء نقل الدم الملوث طالما ارتبط حدوثها في نظره بتلك النتيجة -إزهاق الروح- ارتباطاً لازماً.

أما إذا لم يتخذ من نقل الدم أو من امتناعه عن إجراء فحوص الدم المطلوبة إزهاق الروح غرضاً يهدف إليه بنشاطه فلا نكون بصدد جريمة القتل العمد ، أما إذا ترتب على نقل أحد الأمراض المعدية وفاة المجني عليه ، وفيمكن مساءلة الجاني في هذه الحالة عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت.

المطلب الثاني

جريمة نقل دم غير مَطابق مع دم المريض عمدا

لا يكفي أن تحدد فصيلة الدم لمريض ما ، ومن ثم زرقه بكيس الدم المماثل له، إذ كثيراً ما يكون المريض متحسساً نحو أحد عوامل المجموعة الدموية (ABO)أو أحد عوامل المجموعة (RH)أو غيرها من مجموعات الدم المختلفة ، مما يسبب له أعراضاً جانبية غير محمودة مما يصاب بصدمة شديدة قد تودي بحياته ([2]). لذلك لابد من إجراء اختبارات نقل الدم بين نموذج من دم المريض وبين كيس الدم المطلوب نقله (إعطاءه) إليه. وأن يتم ذلك من قبل فنيين متمرسين في مراكز نقل الدم .

فإذا تم صرف الدم المتبرع به للمريض قبل التأكد من مطابقته لمجموعته الدموية في نظام [RH,A,B,O] أو قبل التأكد من سلامة جميع خطوات الفحص الفنية على دم المريض ووحدة الدم المزمع نقلها له وترتب على ذلك وفاة المريض أو إصابته بأي مرض أو أي أذى فإن مرتكب السلوك الخاطئ يعد مسئولا على فعله مسئولية عمدية أو غير عمدية بحسب توافر قصد الإيذاء من عدمه.

الفرع الأول

التكييف القانوني لجريمة نقل دم غير مطابق

إن فعل الجاني الذي يتمثل في نقل دم غير مطابق مع دم المريض يدخل في صورة الاعتداء على الحق في سلامة الجسم، ذلك لأن الدم غير المتطابق لا يعدو أن يكون مادة ضارة ونقله إلى جسم المريض يعد من قبيل إعطائه . وقد حدد الفقهاء المقصود بالمواد الضارة ، بأنها كل مادة تحدث اختلالا في السير الطبيعي لوظائف الأعضاء في الجسم .

---

[1] : انظر محمود الحاج قاسم محمد، أمراض الطفل المعدية وتلقيحاته ، منشورات مكتبة بسام، الموصل ١٩٨٥، ص٨٨ وما بعدها .

[2] : د. محمد بديع حموده/المرجع السابق /ص٢٨٧ وما بعدها

فتعطل هذه الوظائف تعطيلاً كلياً أو جزئياً مستديماً أو مؤقتاً ، ويتحقق هذا إذا أسباب الضرر صحة المجني عليه بحدوث اعتلال أو اضطراب قد يؤدي إلى الموت أو المرض أو عجز وقتي عن العمل أو أي هبوط ينال المستوى الصحي على أن تراعى كافة الظروف الواقعية التي أعطيت فيها المادة مثل سن المجني عليه وحالته الصحية ونوع المادة وكميتها([1]).

والعبرة بوصف المادة بأنها ضارة ، إنما تكون بالأثر النهائي الذي تحدثه على صحة المجني عليه ، ذلك أن المادة الواحدة قد تكون ضارة في ظروف معينة ، وغير ضارة –بل بالعكس– نافعة متى أعطيت في ظروف أخرى([2]). فلا تعد المادة التي أحدثت عقب حقنها للمجني عليه اختلالاً عارضاً في وظائف أعضاء وأجهزة جسمه كاضطراب في الجهاز التنفسي أو الهضمي أو الإغماء أو مجرد دوار أو صداع أو تقيؤ وانتهت الفائدة بفائدة أكيدة للمجني عليه بتحسين صحته أو بقائها على ما كانت عليه ، من قبيل المواد الضارة([3])، ومن أجل هذا يتعين التريث حتى تنتج المادة كل تأثيرها على الجسم قبل إعطاءه المادة وسيرها بعد الإعطاء ، وحيث تكون المادة ضارة يستوي من حيث طبيعتها أن تكون صلبة أو سائلة أو غازية([4]).

ويتحقق معنى الإعطاء بكل عمل يأتيه الجاني يمكن به المادة الضارة من أن تحدث بالفعل تأثيرها السيئ على أجهزة الجسم سواء عن طريق الفم أو الحقن أو بأي طريقة أخرى.

وفيما يتعلق بموضوع البحث يعد الدم أو أحد مشتقاته من قبيل المواد الضارة إذا لم يحقق الغاية المرجوة من نقله إلى المريض ، ويتحقق ذلك في حالة الدم غير المتطابق لما يحدثه من تأثيرات ضارة بصحة المجني عليه بعد نقله إليه ، تبدأ بارتفاع درجات الحرارة وألم في الخاصرة أو الأعضاء التناسلية ، وقد يصبح المجني عليه في حالة خطيرة للغاية ، فمن الثابت طبيا أن إعطاء المريض دما غير مطابق لفصيلته أو غير متلائم معه يسبب انحلال الدم المنقول وهو أخطر تفاعلات نقل الدم([5])، إذ يشعر متلقي الدم بحرق على طول الوريد الذي ينقل فيه الدم ، وألم شديد في البطن والصدر ثم قشعريرة وارتفاع في درجات الحرارة وتملكه شعور بالخوف من الموت ، وقد يكون هذا الانحلال شديد، وإذا ما قدر للمريض أن ينجو من الموت في هذه المرحلة فإن إمكانية إصابته بشح البول أو انقطاعه ليست مستبعدة ، وقد ينتهي الأمر بإصابة المجني عليه بقصور كلوي حاد([6]).

أي ما يحدثه الدم غير المتطابق في جسم المجني عليه من أعراض غير عادية تجعله في حالة سيئة إذا ما قورنت بالحالة التي كان عليها قبل نقل الدم إليه، سواء كانت هذه الأعراض قابلة للشفاء أو غير قابلة له ، وسواء كانت خطيرة أو غير خطيرة طالما أنها تحتاج إلى علاج أو احتياط أو رعاية طبية وليست تافهة ضئيلة يتسامح بشأنها القانون ، وبعبارة أخرى أن تأثيرات الدم غير المتطابق يتحقق فيها معنى الأضرار بالصحة إذا أصاب المجني عليه مرض لم يكن موجوداً من قبل أو بالزيادة من قدر مرض كان يعانيه

---

[1] : الدكتور جلال ثروت ، المرجع السابق، ص٣٤٧.

[2] : الدكتور عمر السعيد رمضان/المرجع السابق/ص٢٥٦

[3] : الدكتور فخري عبد الرزاق الحديثي /القسم العام المرجع السابق/ص١٩٥

[4] : الدكتور محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم/١٩٥٩، ص٥٨٠

[5] : A. V.HOFFBRAND and j.e pett ,essential Haematology Blackwell scientific publications.

[6] : الدكتور محمد بديع حموده/المرجع السابق/ ص٣١١ وما بعدها.

وعليه لا ضير لو اعتبرنا الدم غير المتطابق مادة ضارة إذا أخل أو أحدث اضطراباً في صحة المجني عليه ، طالما أن القانون لم يحدد المواد التي تعد ضارة واكتفى بوصفها ، إلا أن المحكمة تتكفل بتحديد المادة الضارة لكونها من الأمور الموضوعية التي يستخلصها قاض الموضوع من ظروف كل واقعة على حدة وعن طريق الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء([1]). على أن تراعى الظروف التي أعطى بها الدم غير المتطابق وبصفة خاصة الكمية التي حقن بها المريض وسنه وحالته الطبية([2]). فحقن شخص متوسط السن معتل الصحة بكمية قليلة من الدم غير المتطابق لا يحدث التأثير الذي يلحق بصحة طفل مريض إذ قد يؤدي هذا الدم إلى وفاته .

الخلاصة: على كل حال لا يمكن أن تقوم جريمة نقل دم غير مطابق مع دم المريض ما لم تتوافر فيها الأركان العامة لجريمة إعطاء مادة ضارة ركنا يتجلى بنشاط يصدر من الجاني فعلا أو امتناعا يؤدي إلى الإخلال بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء أو بإنقاص التكامل الجسدي للمجني عليه أو بإحداث ألم عضوي أو نفسي لم يعاني منه المجني عليه من قبل أو بالزيادة من مقداره، وركناً معنوياً تكتمل به الجريمة عن طريق إرادة الجاني تحقيق المساس بسلامة جسم المجني عليه وعلمه بأنه ينال من مصلحة يعتد بها القانون سواء صدرت عنه هذه الأفعال عن قصد أو خطأ.

المطلب الثاني

أركان الجريمة

تشترك جرائم الضرب وإعطاء مادة ضارة في مختلف صورها من ركنين أساسين هما:

الركن المادي : وهو فعل الضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة بصحة الإنسان .

الركن المعنوي : وقوامه القصد الجنائي.

أولا: الركن المادي:

يتألف الركن المادي في جريمة إعطاء مادة ضارة من سلوك ونتيجة ورابطة سببية.

السلوك(النشاط)

يجب أن يأتي الجاني نشاطا في سبيل الوصول إلى النتيجة التي يجرمها القانون وهي المساس بسلامة جسم المجني عليه ، وإعطاء المجني عليه مادة ضارة بصحته من قبيل الأفعال التي تتحقق بها جريمة الاعتداء على سلامة الجسم ، أي أن السلوك الإجرامي الذي يتحقق به الركن المادي يتمثل بفعل الإعطاء أياً كانت الوسيلة سواء في حقن المجني عليه بالمادة الضارة أو بتناولها عن طريق الفم أو عن طريق الأنف كما لو كانت غازاً ضاراً يستنشقه المجني عليه ، وقد يكون أيضا عن طريق وضعها على الجلد بحيث تتسرب من خلال مسامات الجلد وتنفذ إلى الداخل .

وفيما يتعلق بموضوع البحث وجدنا أن الدم غير المتطابق لا يعدو أن يكون مادة ضارة نظراً للتأثيرات السيئة التي يحدثها على الصحة و السلامة الجسدية و نقله إلى جسم المجني عليه بمثابة النشاط الذي يسهل للدم غير المتطابق سبيل الإضرار بصحة المجني عليه عن طريق حقنه بالوريد .

---

[1] : الدكتور محمود نجيب حسني ، الحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق، ص٦٧

[2] : الدكتور سلطان الشاوي /الجرائم الماسة بسلامة الجسم /مجلة العلوم القانونية /المجلد العاشر /العدد الثاني/١٩٩٤ ص١٨

و مع أن الأصل في الجرائم التي تمس الجسم بما في ذلك جريمة إعطاء مادة ضارة إنها ترتكب بسلوك إيجابي , كأن يعطي الطبيب دماً من نوع (B) لمريض يحمل فصيلة دم(A) في حين أن أساس اختيار الدم المناسب للمريض هو مجموعة دم (A) و ليس (B) أو إذا كان المريض من فصيلة (A) و اختار له الطبيب دماً أخر و هو (+A) مما يجعل هذا الاختيار عملية نقل الدم محفوفة بالمخاطر , و يكون الطبيب بلا شك مسؤولا عن جميع النتائج غير المشروعة المترتبة على اختياره . إلا أن الجدل أثير حول إمكانية ارتكاب هذه الجريمة بسلوك سلبي و مدى مسؤولية مرتكبها بهذه الطريقة .

ذهب الفقه الفرنسي إلى عدم قبول فكرة الامتناع في جرائم الإيذاء كقاعدة عامة , مستندا في ذلك إلى أن الامتناع عدم ومن ثم لا ينتج عنه سوى العدم , أي أن الامتناع لا يصلح في ذاته أن يكون سبباً لنتيجة إجرامية تتمثل بالضرورة في صورة تتغير في العالم الخارجي([1]), كما لا يعترف أنصار هذا الرأي بالامتناع إلا حيث يقرر الشارع ذلك صراحةً أو ضمناً , وفي هذه الحالات يكون وجود هذه الجرائم على سبيل الاستثناء البحت ([2]), و هذا ما سارت عليه أحكام القضاء في فرنسا .

أما الفقه المصري فقد انقسم إلى فريقين : الأول : يؤيد الفقه الفرنسي تأيداً تاماً, و يرفض الاعتراف للامتناع بأية قيمة قانونية مستنداً في ذلك إلى ثلاث حجج أساسية مفادها أن التشريع الفرنسي الذي يقرر فقهه أنه لا يمكن أن تقوم الجريمة الإيجابية بطريق الامتناع بمجرد اتخاذ موقف سلبي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك , لأن الامتناع لا يساوي الفعل , كما لا يتصور أن تتصل بين الامتناع و النتيجة رابطة سببية لأن الامتناع عدم ولا ينتج عنه إلا العدم , إضافة لذلك أن إثبات القصد في جرائم الامتناع يكاد يكون مستحيلا ذلك لأن النية الإجرامية تستظهر من الأعمال الإيجابية دون غيرها([3]).

أما الفريق الآخر و هو الراجح في الفقه المصري , فانه يعترف للامتناع بقيمته القانونية بوصفه سلوكاً إنسانياً شأنه شان الفعل على . يكون ثمة واجب على الممتنع مصدره القانون أو الاتفاق يلزمه بالتدخل والامتناع عن ذلك([4]).

أما في العقوبات العراقي فقد حسم المشرع العراقي الخلاف و ذلك عندما نص في المادة (٣٤) منه على أنه : (تكون الجريمة عمدية إذا توافر القصد الجرمي لدى فاعلها و تعد الجريمة عمدية كذلك إذا فرض القانون أو الاتفاق واجبا على شخص و أمتنع عن أدائه قاصدا إحداث النتيجة التي نشأت مباشرة عن هذا الامتناع) .

و يترتب على ذلك أن جريمة نقل دم غير مطابق مع المريض باعتباره إحدى الجرائم الماسة بسلامة الجسم يمكن أن تقع بطريق سلبي بموجب كثير من التشريعات و من بينها قانون العقوبات الاتحادي حيث سوى المشرع الاتحادي صراحة بين الفعل و الامتناع في تكوين الركن المادي للجريمة , أي أنه قد تأثر بالرأي الراجح و الغالب في مصر و يظهر ذلك فيما قرره في نص المادة (٢١) من قانون العقوبات

[1] الدكتور جلال ثروت / القسم الخاص / المرجع السابق , ص ٣٥٢

[2] الدكتور جلال ثروت / القسم الخاص / المرجع السابق / ص ٦٠

[3] المرحوم الدكتور علي حسين الخلف و . سلطان الشاوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات العراقي /.١٩٨٢/ ص ١٣٧ وما بعدها -الدكتور جلال ثروت / المرجع السابق , ص: ٥٩.

[4] الدكتور جلال ثروت , المرجع السابق ص ٦٢

الاتحادي من أنه :(يتكون الركن المادي للجريمة من نشاط إجرامي بارتكاب فعل أو امتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجرماً قانوناً) .

و بناء على ذلك إذا امتنع مساعد المختبر عمداً عن إجراء فحوص التلاؤم بين وحدة الدم المراد إعطاؤها و دم المريض فيكون بذلك الامتناع مسؤولا عن النتيجة غير مشروعة المترتبة على سلوكه كما لو ارتكبها بفعل إيجابي لأن امتناعه عن إجراء فحوص التلاؤم قد وقع انتهاكاً للواجبات المفروضة عليه في القانون و التعليمات الخاضع لها بحكم وظيفته .

ب. النتيجة الجرمية :

تتمثل النتيجة الإجرامية في الأذى الذي ينال جسم المجني عليه في عنصر أو أكثر من عناصره كأثر مترتب على فعل الاعتداء .

و فيما يتعلق بموضوع البحث . يكمن الإيذاء في التفاعلات الانحلالية الحاصلة عقب عملية نقل الدم غير المطابق و التي غالبا ما تؤدي إلى تكسير في كريات الدم الحمراء للدم المنقول ، حيث تظهر أعراض وعلامات مرضية على المجني عليه غالبا ما تكون مميتة.

وقد يصاب المجني عليه بقصور كلوي حاد إذا ما كتبت له الحياة[1]، أما إذا لم ينل المجني عليه أي أذى،فإن الجاني لا يسأل عن فعله مهما كانت خطورته على سلامة جسم المجني عليه . ولا يمنع تحسن حالة المريض الصحية عن مسألة الجاني عن جريمة الإيذاء طالما نال المجني عليه أذى فعلي حتى ولو كان بسيطاً.

لأنه من الثابت طبيا في معظم حالات نقل الدم غير المتطابق أن حالة المجني عليه تتحسن خلال بضع ساعات وتزول أثنائها جميع الأعراض والعلامات المرضية التي كان يعاني منها باستثناء بعض العلامات التي يرافقها ظهور يرقان خفيف الشدة على الجلد والأغشية المخاطية[2]. مما تجعل هذه العلامات المرضية بدون شك مساءلة الجاني أمراً لازماً ولو كانت في أقل درجاتها.

فإذا كان الاعتداء المتمثل بنقل دم غير متطابق لا يشكل لمتلقي الدم سوى أذى بسيط كالقلق وعدم الاستقرار واصفرار الوجه وزيادة سرعة دقات القلب والتنفس ، فإن العقوبة تكون بأقل درجة من درجات المسئولية . والعكس من ذلك تكون العقوبة أشد إذاً كان الأذى جسيما. ويتحقق ذلك إذا أصاب متلقي الدم بعض أعراض المضاعفات المباشرة لتحلل الخلايا الحمراء كآلام الظهر والفخذين التي تكون متبوعة في بعض الأحيان بدوار وغثيان وحكة في الجلد ، أو انخفاض في درجات الحرارة وغيبوبة مع إمكانية توقف القلب ، كما يمكن أن يعاني متلقي الدم غير المتطابق من قشعريرة قبل ارتفاع درجة الحرارة التي قد تصل إلى نحو ٤٠م أو أكثر[3]. أو عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوما[4] ، ويمكن أن يتحقق ذلك إذا أصيب متلقي الدم بقصور كلوي حاد بسبب نقل حوالي٢٠-٥٠ ملل من دم المتبرع غير المتطابق لدمه[5] .

---

[1] : A.V. HOFFBRAND and J.E PETTT ,op.cit.p.215

[2] : الدكتور محمد بديع حمودة /المرجع السابق/ص٣١٥

[3] : الدكتور سلطان الشاوي /الجرائم الماسة بسلامة الجسم/المرجع السابق ص٦٢

[4] : عبد الرحيم قطاير/بنك الدم/نظري وعملي/مكتبة دار الثقافة/عمان ١٩٩١/ص١٢٤

[5] : انظر المادة (٣٣٩) من قانون العقوبات الاتحادي والمادة (٢٤١) من قانون العقوبات المصري .

على أن يفقد هذا القصور أو العجز من قدرة المجني عليه على القيام بالأعمال البدنية كأي فرد في المجتمع (كأن يستمر لديه شح البول أو انقطاعه)دورة تزيد على عشرين يوما، فإذا ما شفي متلقي الدم قبل هذه المدة فلا محل للتشديد، وإن كانت المعالجة الفعالة لهذا المرض لم تنته بعد([1]). وعلى كل حال لا تطبق المحكمة النص الخاص بالتشديد إلا بعد انقضاء (٢١) يوم حتى إذا قطع الأطباء بتقريرهم المقدم إلى المحكمة امتداد العجز لأكثر من هذه المدة وإلا كان حكمها معيبا([2]).

أما إذا أصيب المجني عليه بعاهة مستديمة -وهذا الأمر غير مستبعد بالنسبة لنقل دم غير متطابق مع دم المريض- فإن العقوبة تزداد جسامة، ويتحقق ذلك إذا فقد المجني عليه عضواً من أعضاء جسمه كلياً أو جزئياً أو فقدت منفعته أو نقصها أو إضعافه على نحو يعطله عن أداء وظيفته على نحو طبيعي وبصفة دائمة([3]).

وفيما يتعلق بموضوع البحث يعد القصور الكلوي الحاد والدائم من أخطر مضاعفات نقل الدم التحليلية([4]) التي يتحقق فيها معنى العاهة المستديمة بسبب تلف الجزء الخارجي للكليتين بشكل غير قابل للعلاج أو الشفاء مما يؤثر في قدرة الكلية على أداء وظيفتها الطبيعية حيث يسبب هذا القصور احتباسا نهائيا للبول([5]). مما يتحقق به صفة الدوام التي اشترطها المشرع في العاهة التي من شأنها تشديد العقوبة([6])، وهي استحالة الشفاء منها .

ثالثا: علاقة السببية :

تعد العلاقة السببية عنصراً أساسياً من عناصر الركن المادي في جرائم الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة ، فإذا انتفت وتبين أن ما أصاب المجني عليه من أذى بدني لا يرتبط بسلوك المتهم بعلاقة السببية فقد انتفى الركن المادي للجريمة ولم يكن هناك محل لمساءلة المتهم عن هذا الأذى ، ويجب أن تتوافر علاقة السببية بين فعل المتهم والأذى الذي أصاب جسم المجني عليه ، ويجب أن تتوافر كذلك بين هذا الفعل وبين الأذى الذي أصاب المجني عليه ، فإن لم تتوافر في صورته الأولى فالمتهم غير مسئول إطلاقا عن جريمة الاعتداء على سلامة الجسم في أي من درجاتها وفيما يتعلق بموضوع بحثنا تقوم رابطة السببية بين نقل الدم غير المتطابق والنتيجة الإجرامية التي حصلت وهي المساس بصحة المجني عليه إذا كان السلوك الذي اتبعه الجاني (فعلا أو امتناعا) في تنفيذ جريمته أحد عوامل التي أسهمت في إصابة المجني عليه ، يكون ذلك إذا أسندت العلامات والأعراض المرضية التي يعاني منها المجني عليه إلى عملية نقل الدم وكون الدم الذي تم نقله إلى المجني عليه غير متطابق مع دمه.

---

[1] : عبد الرحيم فطاير/المرجع السابق/ص١٢٤

[2] : عبد الرحيم فطاير /المرجع السابق/ص١٢٥

[3] : الدكتور جلال ثروت/القسم الخاص/ المرجع السابق ص٣٧٠ ، الدكتور مأمون سلامة /قانون العقوبات /القسم الخاص /ج٢/جرائم الاعتداء على الأشخاص /١٩٨٢ ص ١٣٦

[4] : عبد الرحيم فطاير/المرجع السابق /ص١٢٤

[5] : انظر المرجع السابق

[6] : انظر نص المادة (٢٤٠) من قانون العقوبات المصري

الركن المعنوي:

جريمة إعطاء المادة الضارة جريمة عمدية متى ارتكبت عن قصد وعلم المجني عليه، فيتحقق القصد الجنائي إذا ارتكب الجاني الفعل المكون للجريمة عن إرادة وعلم بأن هذا الفعل يترتب عليه المساس بسلامة جسم المجني عليه ، في حين تكون الجريمة غير عمدية إذا لم يقصد الجاني المساس بسلامة جسم المجني عليه أو إيذائه ، وإنما تحقق الإيذاء بخطئه غير العمدي.

وفيما يتعلق بموضوع البحث يشترط لتوافر القصد الجنائي أن يكون عالماً بحقيقة نشاطه وبما يؤدي إليه من نتيجة معينة، أي عالماً بأن فعله المتمثل بنقل دم غير متطابق إلى المريض أو امتناعه عن إجراء فحوص تلائم الدم من قبيل الأفعال التي يترتب عليها المساس بجسم المجني عليه أو صحته.

المطلب الثالث

التكييف القانوني لجريمة نقل الدم ملوث أو غير مطابق عن طريق الإهمال

لم تتضمن التشريعات الجنائية في كل من دولة الإمارات ومصر وفرنسا على النقل غير العمدي لفيروس الإيدز عن طريق الدم الملوث أو غيره من الوسائل إلى الغير على عكس الحال في بعض الولايات الأسترالية التي سنت تشريعات تحدد المسئولية القانونية للمتبرعين والمجهزين عن النقل اللاواعي للإيدز من خلال نقل الدم ومشتقاته ، وفي ولاية [كوينزلاند] الأسترالية يعد مركز نقل الدم الحكومي في الولاية مسؤولاً جنائياً ومدنيا عن النقل اللامتعمد وبدون وعي لفيروس الإيدز ، وفي غياب تشريع محدد وخاص يحدد المسئولية القانونية عن الانتقال اللاوعي لفيروس الإيدز سوف يكون قانون الإهمال العام قابلاً للتطبيق([1]).

<u>وفي فرنسا ومصر</u> فقد اعتبر الاتجاه السائد في الفقه أن الجريمة المنصوص عليها في المادتين (٢٣٨،٢٢٤) من قانون العقوبات المصري والمادتين (١٩/٢٢٢،٦/٢٢١) من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب على القتل والإصابة الخطأ هي التكييف القانوني المناسب لفعل الجاني الذي ينقل عدوى الإيدز إلى الغير بإهمال([2]).

ونرى أن جريمة القتل الخطأ والإيذاء الخطأ ليست فحسب التكييف القانوني المناسب لفعل المجني عليه الذي تسبب بإهماله في نقل دم ملوث فيروساً أو جرثومياً إلى الغير وإنما أيضا لفعل الجاني المتمثل بنقل دم غير متطابق مع دم المريض نتيجة الخطأ والإهمال ، إذ لا يوجد في التشريع الجنائي لدولة الإمارات وكذلك سائر التشريعات الأجنبية نص خاص يعاقب على النقل غير العمدي للدم غير المتطابق. فتنص المادة (٣٤٢) من قانون العقوبات الاتحادي على أن "يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين من تسبب بخطئه في موت شخص..." كما تنص المادة (٣٤٣) من قانون العقوبات أعلاه على أنه "يعاقب

[1] : Legislative response to Aids , Australian Health medical Law report,op.cit.

[2] : الدكتور جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، دار النهضة العربية/١٩٩٥ ص٦٣٦

بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبالغرامة التي لا تتجاوز عشرة الاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين من تسبب بخطئه في المساس بسلامة جسم غيره([1]).

يتضح من هذين النصين أن جريمتي القتل والإصابة الخطأ تقومان على ثلاثة أركان

١. سلوك يتصف بالخطأ.
٢. قتل المجني عليه وإيذائه.
٣. وقيام علاقة السببية بين القتل أو الإيذاء من جانب والخطأ من جانب آخر.

أولا: السلوك الخاطئ

لا تختلف جريمة القتل والإصابة الخطأ في ماديات السلوك المكون لها عن القتل العمد أو الإيذاء العمد،فأي فعل أو امتناع يملك الفاعلية السببية لإحداث الوفاة أو الإيذاء يصلح لتكوين الركن المادي في القتل والإصابة الخطأ متى حدثت النتيجة. إلا أن الذي يميز السلوك الإجرامي لجريمتي القتل والإصابة الخطأ هو الصفة التي يتصف بها ، وهذه الصفة تتمثل في كون السلوك قد وقع بمخالفة القواعد العامة أو الخاصة للسلوك الواجب ، والتي من شأن مراعاتها تجنب وقوع النتائج غير المشروعة أو الضارة بمصالح وحقوق الآخرين المحمية جنائيا كحق الحياة والسلامة الجسدية([2]).

ولم يرد في التشريع الإماراتي ولا التشريع المصري ولا الفرنسي تعريف جامع لفكرة الخطأ غير المقصود ، وإنما حاول الفقه إعطاء تعريف له يكشف عن مضمونه ويحدد ماهيته، حيث عرفه الفقه الفرنسي بأنه:" المسلك الذي لا يأتيه الرجل الحريص لو وجد في مكان الجاني .بينما عرفه آخرون بأنه انتهاك لواجب ملقى على عاتق شخص معين إزاء شخص معين آخر في ممارسة العناية أو المهارة أو كليهما([3]). كما عرفه جانب من الفقه المصري بأنه: كل فعل أو ترك إرادي لا يتفق مع الحيطة والحذر التي تتطلبها الحياة الاجتماعية من الرجل الحريص ، وترتب عليه نتائج لم يردها الفاعل سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ولكن كان في وسعه تجنبها([4]) .

وفيما يتعلق بموضوع البحث يجد النقل غير العمدي لفيروس الإيدز وغيره من الأمراض كالتهاب الكبد والسلفس جذوره في الإهمال أو التقصير من جانب العاملين في الحقل الطبي بمناسبة فحص الدم ونقله،كأن يضع مساعد المختبر نتائج الفحوص المختبرية بشكل خاطئ على نماذج الدم والاستمارات الخاصة بها بسبب كثرة عدد الفحوص المختبرية بالنسبة للوقت المحدد لإنجازها ، أو أن لا يتحقق بنفسه من نظافة الأدوات والأواني الزجاجية المستعملة في الفحص فتكون ملوثة فيروسياً ، أو أن يخطئ في أحد الاختبارات الأحيانية اللازمة للكشف عن الأمراض القابلة للانتقال عن طريق الدم أو أحد مشتقاته نتيجة

---

[1] :نصت المادة (٤١٦) من قانون العقوبات العراقي على أن: " كل من أحدث بخطئه أذى أو مرض بآخر بأن كان ذلك ناشئا عن إهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتيط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويقابل هذا النص المادة(١٩/٢٢٢) من قانون العقوبات الفرنسي والمادة (٢٢٤) من قانون العقوبات المصري.

[2] : الدكتور مأمون سلامة/ قانون العقوبات /القسم الخاص/المرجع السابق/ص٩١

[3] Stephen J.hadField ,Law and ethice for doctors London , eyre and spott is woode,1958.p.116

[4] : الدكتور رؤوف عبيد/جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال/المرجع السابق/ص١٦٧

عدم المعرفة الدقيقة بمفردات طرق العمل الخاصة بالفحص الفيروسي المختبري فيأخذ خطؤه صورة الرعونة أو عدم الدراية بالشؤون المهنية.

كما يتحقق الخطأ في صورة عدم اتخاذ الاحتياطات من جانب العاملين في مختبر فحص الفيروسات ، إذا أدرك مساعد المختبر أن إجراء الفحوص المطلوبة منه على وحدات الدم لن تعطي نتائج مضبوطة بسبب قلة كفاءة الأجهزة المستخدمة في الفحص لقدمها أو لكثرة استعمالها ، ومع ذلك استعمل هذه الأجهزة دون أن يتخذ ما ينبغي من الاحتياطات التي تحول دون تحقيق الأضرار وذلك بإبلاغ السلطات في مركز نقل الدم أو في وزارة الصحة عن عدم كفاءة الأجهزة وعجزها عن إعطاء نتائج دقيقة .

ويمكن تصور النقل غير العمدي لفيروس الإيدز إلى الغير في الفرض الذي يرجع فيه جهل ناقل العدوى- المتبرع بالدم- بحالته المرضية المعدية إلى خطئه الشخصي ، مثال ذلك حالة المتبرع الذي ينتمي شريكه إلى مجموعات الخطر (مدمني المخدرات، الشواذ جنسيا) أو حالة المتبرع الذي يشاهد علامات المرض تظهر على جسمه ومع ذلك يتبرع بدمه الملوث إلى أحد مراكز نقل الدم دون اتخاذ الإجراءات اللازمة قبل التبرع بالدم ، وهي إخضاع نفسه للتحليلات اللازمة لتأكد من سلامة وخلو دمه من الأمراض، في حين كان في استطاعته ذلك قبل الإقدام على عملية التبرع ، ففي مثل هذه الحالات لا يستطيع المتبرع بالدم أن يتمسك بجهله للتخلص من المسئولية الجنائية طالما كان الخطأ ثابتاً في حقه ويتمثل هنا في عدم خضوع المتبرع المصاب لفحوصات طبية دورية تسمح له بمعرفة كونه حاملا للفيروس من عدمه.

أما بالنسبة لجريمة نقل دم ملوث جرثومياً إلى المريض ، فلا يتصور فيها قيام مسؤولية الجاني إلا بصورة غير عمدية . إذ تتسرب الجراثيم إلى زجاجات الدم بسبب عدم الاعتناء عناية كافية و بشكل فني بتنظيف و تعقيم أجهزة جمع الدم و زجاجاته . أو عدم تنظيف جلد المتبرع تنظيفا جيدا قبل سحب الدم منه. إذ من الممكن أثناء جمع الدم أن يتلوث بالجراثيم الموجودة على الطبقة السطحية و العميقة للجلد الموافقة للوريد المراد سحب الدم منه([1]) .

و يتخذ الخطأ غير العمدي المستوجب للمسؤولية الجنائية أيضا صورة الإهمال و الأخطاء الكتابية في الحالات التي يعطى فيها المريض دماً مخالفاً لفصيلته أو غير ملائم له ، و بمعنى آخر أن معظم حالات عدم تطابق الدم ترجع إلى خطأ العاملين في جمع الدم و تسجيله و فحص و إيراد المعلومات الخاطئة على القطعة الورقية الملصقة على كيس الدم المأخوذ من المتبرع([2]) مثال على ذلك كان لا يلصق مساعد المختبر القسيمة الخاصة بتلاؤم الدم على وحدته بعد انتهائه من إجراء اختبارات التلاؤم عليها مع دم المريض ، أو لم يتحقق الطبيب قبل تعليق الدم من إجراء اختبارات التلاؤم بين وحدة الدم و بين دم المريض([3]).

ومن الصور التي يتحقق بها الخطأ العمدي للعاملين في الحقل الطبي وفي مراكز نقل الدم الرئيسية بمناسبة نقل دم ملوث بمرض معدٍ مخالفة قاعدة من القواعد التي تتضمنها التشريعات المنظمة لعمليات نقل الدم وحفظه والتي تنص على وجوب إخضاع جميع وحدات الدم المنقولة للمرضى بغض النظر عن حالات الصرف سواء أكانت العمليات مبرمجة أو اضطرارية (مستعجلة) لفحوصات سيريولوجية للتحقق

---

[1] : محمد بديع حمودة ، المرجع السابق ص٣٢١ وما بعدها

[2] : Bailey and lovs ,op.cit.p.7.

[3] : محمد بديع حمودة ، المرجع السابق ،ص٣١١

من خلوها من الأمراض السارية مثل الإيدز والتهاب الكبد والسفلس ،أو إذا سلك الجاني على نحو يخالف مقتضى القواعد التي تقررها الأنظمة والأوامر والتعليمات الصادرة في هذا الخصوص من وزارة الصحة والسلطات الإدارية في مراكز نقل الدم الرئيسية بما يؤدي إلى حدوث نتائج يعاقب عليها القانون([1]). ذلك أن جميع هذه القواعد سواء نظمتها لائحة أو قانون وضعت لغرض وقائي أو احتياطي معين يترتب على عدم الالتزام بها الأضرار أو التهديد بوقوع نتائج ضارة بمصالح الأفراد أهمها وأخطرها انتقال الأمراض المعدية والسارية إلى الأبرياء عن طريق نقل الدم وانتشارها بشكل قد يصعب السيطرة عليه ولا سيما بالنسبة للأمراض التي ليس لها علاج لحد الآن.

ففي فرنسا فقد نصت المادة(٦٦٦/٤) من قانون السلامة في ميدان نقل الدم الصادر في ٤ كانون الثاني ١٩٩٣ على أنه:" لا يجوز توزيع الدم ومكونات الدم ومشتقاتها أو استخدامها ما لم تخضع للتحليلات والاختبارات الأحيائية للكشف عن الأمراض القابلة للانتقال بواسطتها([2]).

وفي مصر الزم القرار الوزاري رقم ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ (الصادر بشأن مستويات مراكز نقل الدم وصلاحيتها) مراكز الدم الرئيسية والفرعية القيام بجميع التحاليل المعملية المتخصصة لتحديد العلامات البيولوجية التي تكشف عن تلوث الدم بفيروس نقص المناعة المكتسبة وفيروس التهاب الكبد([3]).

أما في خصوص الاحتياطات الواجب اتباعها عند استيراد أو قبول وحدات الدم أو مكوناته أو مشتقاته فقد نص القرار الوزاري المصري رقم ٢١٠ لسنة ١٩٨٧ في المادة الأولى على أنه :" يحظر الإفراج الصحي عن أية وحدات دم أو مكوناته أو مشتقاته مستوردة أو واردة كهدية إلا بعد أن تقوم الجهات المختصة بوزارة الصحة بالتأكد من سلبيتها لمرضى الالتهاب الكبدي الوبائي ومرضى الإيدز وذلك بتحليل عينات من جميع التشغيلات الواردة بالرسائل ، أو تقديم شهادة رسمية من جهة معتمدة تفيد سلبية وحدات الدم أو مكوناته أو مشتقاته من الأمراض المذكورة([4]).

كما جاء في قرار وزير الصحة المصري رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٣ في المادة الأولى على أنه :" تلتزم جميع مراكز الدم الحكومية والخاصة بمستوياتها الثلاثة (مراكز الدم الرئيسية ومراكز الدم الفرعية ، ومراكز تخزين الدم) بفحص جميع وحدات الدم للالتهاب الكبدي (C) بالإضافة إلى باقي الفحوص السيريولوجية الأخرى للإيدز والتهاب الكبد الوبائي (B) والزهري".

كما نصت المادة الثانية من القرار أعلاه على أنه :" لا يجوز للمراكز المشار إليها بالمادة السابقة صرف أية وحدة دم قبل إجراء جميع الفحوص المطلوبة والتأكد من سلامتها وتدوين نتائجها معتمدة من الطبيب الذي قام بالفحص والتحليل عن كل وحدة دم" . ولا يوجد ثمة تعارض بين الضوابط والتعليمات المعمول بها في دولة الإمارات وما صدر في فرنسا ومصر ، إذ تؤكد جميع القرارات والتعليمات الصادر من بنك الدم في دولة الإمارات بعدم جواز صرف أو استعمال الدم المسحوب فورا قبل إجراء الفحوص الأساسية اللازمة لسلامة الدم، ومنها الفحوص الفيروسية . وكذلك يسأل العاملين في مصارف الدم عند مخالفة الضوابط والتعليمات المطلوب اتباعها في عملية صرف الدم والخاصة بالتأكد من مطابقة وحدة الدم

---

[1] : الدكتور مأمون سلامة، قانون العقوبات /القسم الخاص /المرجع السابق/ص١٠٥

[2] · Law No 93-5 of 4 january ,1993 op.cit.p.237.

[3] : الدكتور حمدي علي عمر ، المسئولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة /المرجع السابق ص٨٥.

[4] : الدكتور محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، ص٣٩

المتبرع بها للمجموعة الدموية للمريض في نظام Rh,A,B,O وتجنب قدر الإمكان الاعتماد على دم المتبرع العام المصنف بالمجموعة الدموية (O)([1]) باستثناء الحالات الطارئة جداً كالحوادث والنزيف الحاد ، إذ يجب إعطاؤهم الدم بالسرعة الممكنة ، وعليه لا يكون الطبيب المعالج مسؤولا إذا قرر في هذه الحالات المستعجلة إعطاء دم لمريض دون إجراء فحص التلاؤم عليه لعدم وجود الوقت الكافي لأخذ العينة من المريض التي هي أساس لاختيار الدم وإجراء الفحوص عليها ، على أن يرسل عينة دم من المريض بالسرعة الممكنة لمعرفة الفصيلة الدموية والعامل الرئيسي لتلبية احتياج المريض من الدم اللازم في وقت لاحق إن الزم الأمر .

ثانيا : النتيجة الجرمية:

يشترط لقيام جريمة القتل و الإيذاء الخطأ أن تتحقق نتيجة معينة تتمثل في وفاة المجني عليه في القتل الخطأ أو المساس بسلامة جسمه أو صحته في الإيذاء الخطأ . فإذا لم تحدث هذه النتيجة لم تقم الجريمة مهما توافر الخطأ في مسلك الشخص و مهما كان الخطأ جسيماً .

و فيما يتعلق بموضوع البحث ، تتمثل الجريمة غير المشروعة في كون دم المريض أصبح إيجابيًا للفيروس أو في ظهور أعراض أو أمراض تكشف عنه أو في حدوث الوفاة ، حيث تتمثل النتيجة غير المشروعة بالنسبة لجريمة نقل دم ملوث جرثوميا إلى المريض في ظهور أعراض مرضية تفوق بشدتها و خطورتها تلك الأعراض الناجمة عن عدم تلاؤم الدم , لأن المريض الذي يعطى له دم ملوث سرعان ما يصاب بصداع وارتفاع في درجات الحرارة و ألم ظهري و آخر عضلي ثم يتقيئ دما و يعتريه إسهال و قد ينتابه نوبات من الهذيان ، إلا أن أخطر أعراض التلوث الجرثومي هو إصابة المريض بالصدمة الحمراء أو الصدمة التي تتصف بتوسع الجملة الوعائية المحيطة فينجم عنها دفء الجلد و احمراره و جفافه ، فإذا ما أصيب متلقي الدم بأحد هذه الأعراض قامت مسؤولية مرتكب السلوك الخاطئ عن جريمة الإيذاء الخطأ ، أما إذا توفي المريض بعد عملية نقل الدم ، فان الجاني يسأل عن جريمة القتل الخطأ ([2]).

و هكذا يتضح لنا أن صرف أية وحدة دم غير مفحوصة سيريولوجيا أو نقلها إلى المريض لا يعدو أن يكون مجرد تعرض للخطر ، و لا يخضع بالتالي لعقوبة القتل و الإصابة الخطأ ما لم يظهر ضرر ما نتيجة إهمال و تقصير العاملين في مراكز الدم

عند أجراء الفحوص و التحليلات الإحيائية عليها أو نتيجة عدم إجراء جميع الفحوص المطلوبة عليها للكشف عن الأمراض القابلة للانتقال بواسطتها كالإيدز و التهاب الكبد الوبائي ، و لذلك لا يعد مجرد تعريض متلقي الدم للخطر جريمة . و بناء على ذلك يسأل الجاني الذي تسبب في نقل عدوى فيروس مرض معدٍ إلى المجني عليه نتيجة إهماله أو تقصيره في فحوص الدم أو عدم مراعاته للقوانين و الأنظمة و الأوامر الصادرة في هذا الخصوص عن جنحة الإيذاء الخطأ إذا دلت نتائج تحليل دم المجني عليه عن إصابته بأحد الأمراض المعدية المذكورة سابقا . أما إذا نتج عن الإصابة بالفيروس عاهة مستديمة ، و هذا ما يحدث غالبا ، و ذلك في عدم إمكانية مواصلة المجني عليه حياة جنسية طبيعية .

---

[1] : عبد الرحيم قطاير /المرجع السابق/ص١٢١ وما بعدها .

[2] محمد بديع حموده , المرجع السابق , ص ٣٢٢ و ما بعدها .

فان الجاني يسأل عن جنحة الإيذاء الخطأ في صورتها المشددة ،و إذا توفي المجني عليه بعد نقل الدم مباشرة أو بعد مدة قصيرة ، كما لو تم نقل كمية كبيرة إليه من الدم الغير متطابق أو من الدم الملوث ، فان يسأل عن جريمة القتل الخطأ و إن كان لا يتصور في الغالب وفاة المصاب بفيروس الإيدز أو غيره من الأمراض بعد نقل الدم إليه مباشرة ، لأن ظهور الإصابة و الإعلان عنها و إكمال ظهورها يستغرق زمناً طويلاً ، بل إن المريض بالفيروس يعيش زمنا بعد الإصابة يطول أو يقصر . و مع ذلك فان تراخي وفاة المجني عليه لفترة طويلة لا يمنع من محاكمة مرتكب السلوك الخاطئ عن جريمة القتل الخطأ إذا تم تحريك الدعوى الجنائية ضده بعد حصول الوفاة طالما لم تسقط الدعوى بالتقادم و لم يسبق محاكمة المتهم عن ذات الفعل .

كما أن تغيير نتيجة الفعل (إيجابية الدم للفيروس ثم ظهور أعراض الدم ثم الوفاة) لا يمنع من تعديل التكييف القانوني للفعل طالما لم يصدر في الجريمة حكم نهائي، لذلك يجب قبل إحالة المتهم بنقل الدم الملوث إلى المحكمة التأكد من أنه لم تحدث أية مضاعفات لنقل العدوى تجعل لسلوك المتهم نتيجة أشد جسامة يسأل عنها بوصف إجرامي أشد كالعاهة أو الوفاة، وتطبيقا لذلك قضي بأنه إذا اقترح الطبيب الشرعي عرض المجني عليه على أخصائي المسالك البولية للتحقق من عدم تخلف عاهة لديه في الجهاز البولي يكون الحكم معيباً إذا تعجل الفصل في القضية قبل ذلك التيقن ، خاصة وأنه لا يجوز محاكمة الشخص عن الفعل الواحد مرتين([1]).

ثالثا: علاقة السببية

لا يكفي لقيام جريمة القتل الخطأ والإصابة الخطأ أن يثبت وقوع نشاط خاطئ من جانب العاملين في مراكز نقل الدم ، وأن يترتب على ذلك موت إنسان أو إصابته بمرض أو عاهة مستديمة أو أي أذى آخر ، بل لابد من أن يكون بين السلوك الخاطئ والنتيجة التي حصلت علاقة سببية (علاقة السبب بالمسبب) إذ لا يتصور وقوع الوفاة أو الإصابة لو لم يقع الخطأ.

وتتوافر علاقة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة النهائية إذا أسندت وفاة المجني عليه أو إصابته بفيروس المرض المعدي إلى الخطأ الذي صدر من العاملين في مركز نقل الدم من جانب، وإسناد تلك الوفاة أو الإصابة إلى العاملين في هذا المركز من جانب آخر.

ولا يمكن إسناد النتيجة غير المشروعة إلى إهمال وتقصير في مصارف الدم أو إلى عدم مراعاتهم للقوانين والأنظمة والأوامر الصادرة في مجال حفظ الدم ونقله إلا إذا كان سبب الإصابة هو الدم المنقول سواء كان بطريق مباشر أو غير مباشر، ويتم إثبات علاقة السببية بين الإصابة والدم من خلال قرينة قانونية يلجأ إليها القضاء عادة مؤداها " مادام نقل الدم قد تم في تاريخ سابق على ظهور الإصابة وبوقت مناسب يكفي لاتضاح آثارها ، فإن ذلك يعد قرينة ودليلاً على قيام رابطة السببية بين الفعل- نقل الدم- والنتيجة- الضرر الذي نتج عن الإصابة([2])، وتبقى هذه القرينة قائمة لصالح المريض ما لم يكن هناك سبب أجنبي يقطع علاقة السببية وينقض هذه القرينة لأنها بسيطة يمكن إثبات عكسها من خلال إثبات وجود طرق أخرى لنقل العدوى مثل الاتصال الجنسي الذي تم بعد نقل الدم مع شخص مصاب بالفيروس أو عن طريق أداة طبية ملوثة.

---

[1] : الدكتور جميل عبد الباقي الصغير ، المرجع السابق، ص٦٧ وما بعدها

[2] Les dessous laffaire du sang contamine sur found de rivalite franco –americiane le monde diplomatigue-fevrier1999.

أما إذا تداخلت مع النشاط الخاطئ عوامل أخرى متعددة سواء كانت سابقة له أو معاصرة أو لاحقة عليه وتكون قد أسهمت كلها في تحقيق النتيجة على الوجه وبالكيفية التي حصلت بها فإن القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة سوف يطبق المعيار المنصوص عليه في المادة (٣٢) من قانون العقوبات الاتحادي بقولها" لا يسأل الشخص عن جريمة لم تكن نتيجة لنشاطه الإجرامي ، غير أنه يسأل عن الجريمة ولو كان قد أسهم مع نشاطه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق متى كان هذا السبب متوقعا أو محتملا وفقا للسير العادي للأمور ، أما إذا كان السبب وحده كافيا لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الشخص في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه".

وهكذا نجد أن معظم حالات المسئولية الناتجة عن عمليات نقل الدم تقتضي الأخذ بنظرية تعادل الأسباب نظراً لصعوبة الفصل بين دور كل عامل مساهم في إحداث الإصابة والوقوف على العنصر الفعال في ذلك ولا سيما إذا وجد أكثر من شخص تسبب خطأ في نقل فيروس مرض معد إلى المجني عليه ، على سبيل المثال أن نكون أحد الشواذ من مدمني المخدرات ضحية حادث طريق (دهس) واستلزم نقله إلى المستشفى ليقرر الطبيب المعالج احتياجه إلى نقل الدم وكان هذا الدم غير خاضع للفحوصات ، وبعد خروج المجني عليه من المستشفى اتصل جنسياً مع أحد مدمني المخدرات مما يصعب معه معرفة من تسبب في نقل فيروس الإيدز إليه وإقامة الدليل ضده ، خاصة وأنه يقع على عاتق المجني عليه إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين السلوك الخاطئ والنتيجة ، فضلا عن إثبات أنه كان سليما غير مصاب بفيروس الإيدز قبل إجراء عملية نقل الدم وإن إصابته بالفيروس تعود إلى عملية نقل الدم ولم تتم بطرق آخر.

أما إذا ثبت أن شريك المجني عليه (مدمن المخدرات) كان مصابا بفيروس الإيدز وفي حالته المتأخرة وقد مضت مدة كافية على الاتصال الجنسي وظهور الضرر على المجني عليه ، فإن فعل الاتصال الجنسي سيقطع علاقة السببية بين خطأ العاملين في مركز نقل الدم والنتيجة النهائية لأنه مستقل عنه وكاف بذاته لإحداث النتيجة ، أي أن إصابة المجني عليه بمرض معدٍ سوف تقع حتماً ولو لم يهمل العاملون في مراكز نقل الدم إجراء الفحوص المطلوبة على الدم ، وعليه يتحمل السبب الأجنبي المتمثل بفعل الاتصال الجنسي وحده النتيجة النهائية ، ولا يسأل الطبيب المعالج والعاملون في مركز نقل الدم إلا عن خطئهم وهو القدر المتيقن في حقهم، وكذلك الحال إذا ثبت أن الإصابة بالفيروس قد تمت عن طريق حقن المريض بأداة ملوثة .

وقد تبنت محكمة باريس نظرية تعادل الأسباب عندما قضت بمسؤولية كل من مركز نقل الدم والطبيب المعالج والمستشفى عن إصابة المرضى بفيروس الإيدز ، متى ثبت أن عملية نقل الدم كانت هي السبب في الإصابة بهذا المرض([1]).

ومع ذلك ذهبت قلة من المحاكم إلى الأخذ بنظرية السبب المنتج لتحديد المسئول عن الأضرار الناتجة عن الإصابة بسبب نقل الدم الملوث . فقد ذهبت محكمة [VERSAILLES] إلى استبعاد مسؤولية مركز نقل الدم والاحتفاظ بمسؤولية الجراح وحده عن الإصابة لأنه تدخل بعدة عمليات متتابعة احتاجت إلى نقل المزيد من الدم لم يكن المريض في حاجة إلى كل هذه العمليات ، ومن ثم إلى كل هذا الدم . وقرر القضاة قيام علاقة السببية بين خطأ الطبيب وحده وبين الإصابة وأكدوا على أن " ملائمة خطأ الطبيب لإحداث النتيجة يسمح بإزالة كل شك حول قيام علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين نقل الدم وبالتالي الإصابة([2])".

---

[1] : محمد عبد الظاهر حسين/ المرجع السابق/ ص١٤٠ وما بعدها.

[2] : محمد عبد الظاهر/المرجع السابق/ ص١٤٢

كما أن هناك حالات معينة يكون من السهل فيها الأخذ بنظرية السبب المنتج وهي الحالات التي يتضح فيها بجلاء أن هناك عاملاً من بين العوامل العديدة التي أسهمت في إحداث النتيجة قد استغرقت باقي العوامل، ولولاه لما تحققت النتيجة المعاقب عليها على الرغم من وجود بقية العناصر . مثال ذلك إذا وافق الطبيب المعالج على نقل دم من فصيلة مختلفة عن فصيلة المريض ، وكانت النتيجة وفاة المريض إثر ذلك ، فهنا يتضح بأنه لولا اختلاف فصيلة الدم المنقول عن فصيلة دم المريض لما حدثت الوفاة.

الخاتمة

يتضح لنا من العرض السابق ما لنقل الدم من أهمية كبيرة في العلاج الجراحي وفي إنقاذ الناس ، مما حفز الحكومات المختلفة على تشجيع الأطباء والعلماء على القيام بأبحاث كثيرة لتخزين الدم ونقله والاهتمام بإنشاء بنوك الدم يخزن فيها دم المتبرعين ويصرف عند الحاجة للمرضى والجرحى ، ونظراً لهذا الحاجة الملحة والضرورية نجد أن المشرع في كل من فرنسا ومصر ودولة الإمارات العربية المتحدة قد تدخل بإصدار قوانين تنظم التبرع بالدم وتحدد مراكز نقل الدم .

لقد وجدنا أن عملية نقل الدم تشكل اعتداءا على الحق في سلامة الجسد ، إذا لم يراع الطبيب المكلف بمهمة أخذ الدم من جسد المتبرع الحصول على الرضاء الحر والمسبق من المتبرع المتبصر الكامل الأهلية، أو إذا لم يحصل الطبيب المعالج أو الجراح على موافقة المريض قبل إجراء عملية نقل الدم كعملية أصلية أو ثانوية ضمن التدخل الجراحي ، وضرورة أن يسبقه تبصير وإفهام متلقي الدم بطبيعة نقل الدم بوصفه علاجاً مقترحاً. وقد رأينا طبيعة المخاطر التي تتضمنها عملية نقل الدم وما يترتب على ذلك من أضرار جسيمة للأشخاص المنقول إليهم الدم والتي تنشأ عن العمد أو الإهمال في القيام بهذه العملية من حيث إجراء الفحوص الفيروسية أو من حيث إجراء فحوص تلاؤم الدم أو التوافق ما بين دم الآخذ والمعطي ، إذ تصل غالباً إلى درجة القضاء على حياة المريض أو في الأقل إصابته بعاهة أو عجز جزئي أو كلي يفقده القدرة على ممارسة حياته بشكل طبيعي وفقدانه الأمل في المستقبل طوال المدة التي يعاني فيها من مرض ناتج من الدم الملوث المنقول إليه.

وأخيرا صعوبة معرفة الخطأ الذي أدى إلى إصابة المجني عليه بمضاعفات نقل الدم أو إصابته بأحد الأمراض السارية أو المعدية ، وذلك لعدم تحديد المسئولية الطبية والقانونية للأطراف المشاركة في عملية نقل الدم . وإذا لم تحدد قوانين نقابة الأطباء والتشريعات الصادرة في مجال نقل الدم الصلاحيات الطبية والواجبات الملقاة على عاتق كل من إدارة المركز الوطني لنقل الدم والفنيين العاملين في مجال التحليل والفحص المختبري والأطباء المتدخلين في عملية نقل الدم من جراحين ومخدرين .

أما في الجانب الإجرائي فقد وجدنا أن قرار إحالة الطبيب أو المحلل في جريمة نقل الدم الملوث أو غير المتطابق في حالة ارتكابها من أحدهم أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها متوقفة على إذن من الوزير التابع له الطبيب أو المحلل أو المسؤول ، مما تكشف عن رغبة المشرع في توفير نوع من أنواع الحماية لأفراد الكادر الطبي ضد المسئولية الجنائية ، والذي يهمنا هنا هو حماية المتبرع ومتلقي الدم بشكل فعال .

يعد المركز الوطني لنقل المسؤول عن تنظيم عملية التبرع وهو الجهة الوحيدة التي يسمح لها بمزاولة نشاط أخذ الدم وذلك إذا:

١. توافرت الشروط المطلوبة من منشآت أو مباني حديثة ونظيفة ، وأجهزة تقنية متطورة وكادر طبي متخصص.
٢. إلزام الأطباء المحللين والفنيين في مختبرات فحص الفيروسات بإعطاء نتائج تحليل صحيحة سلبية أي خالية من فيروسات المرض أم إيجابية أي حاملة له.
٣. إلزام الأطباء القائمين بمهمة اختيار المتبرعين بالحصول على إقرار كتابي أو موافقة خطية من المتبرع بالدم الكامل الأهلية لضمان سلامة رضاء المتبرع وتوفير المزيد من الحماية له .

٤. يجب توعية المواطنين بأهمية التبرع بالدم وفوائده لمحتاجيه ،وعلى الجهات الحكومية المختصة توضيح ذلك من خلال حملات التوعية الصحية وتأكيد أن التبرع بالدم هو حق من حقوق الوطن على أبنائه.

٥. يعتبر مدير المستشفى الذي أعطي فيه الدم أو أحد مشتقاته مسؤولاً جنائياًعن العدوى التي أصابت متلقي الدم إذا أبلغ بأن الدم أو أحد مشتقاته يحتمل أن يحتوي على جسيمات مضادة لفيروس الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي أو غيرها ولم يتخذ من الخطوات المعقولة لضمان أن الدم أو منتوجه لم يعط إلى شخص معين.

٦. يعد الطبيب والجراح القائم بعملية نقل الدم للمريض مسؤولا عن وحدة الدم بعد تسلمها من إدارة المستشفى ، ويكون مهملا إذا انتهك هذا الواجب أو إذا لم يبذل درجة معقولة من العناية في الرقابة والمحافظة على وحدة الدم.

٧. أن يتنازل جميع المتبرعين عن دمائهم على نحو تطوعي ومن دون تلقي أي مدفوعات مالية، ولا يتم إلا من خلال وضع عقوبات جزائية تصل إلى حد الحبس على باعة الدم المحترفين.

٨. لا يكفي تأكيد العنصر الأخلاقي لمبدأ التبرع التطوعي للدم ، وإنما على المشرع الأخذ بنظر الاعتبار بعنصره الثاني المرتبط بأمانة وجودة الدم ويدعى بعنصر الأمان ، لارتباطه بأهمية ووضع المتبرع الصحي وبقدرته على استقراء تاريخه الطبي على نحو معتمد وموثوق قدر تعلق الأمر بقدرته على التبرع بالدم .

٩. لذلك يجب تحديد الفحوص الموقعية على المتبرع بالدم على أن يراعى الحد الأدنى من الفحص البدني الذي يشمل الوزن وضغط الدم والنبض ودرجة حرارة الجسم.

١٠. إلزام المركز الوطني لنقل الدم بتزويد المتبرعين بإعلان أو بيان بشأن ملاءمتهم الطبية كمتبرعين.

١١. أن يأتي الدم من السكان المحليين ولا يستورد من أي مصدر آخر لقطع الطريق أمام البلدان الأخرى لتصدير دم حامل لفيروس الإيدز أو غيره من الأمراض السارية، أو دس أحد المتبرعين الأجانب المصابين بأحد هذه الأمراض ليكون وسيلة من وسائل تخريب البلاد.

١٢. أن تطبق الكفاية الذاتية على الدم ومكوناته.

١٣. النص على قرينة قانونية بسيطة لصالح المضرورين من عمليات نقل الدم تعفيهم من عبء إثبات الخطأ ، ويكفي منهم إثبات عملية نقل الدم ووجود الإصابة ليفترض بعد ذلك وجود الخطأ وعلاقة السببية بين الفعل والضرر الناتج.

١٤. فرض عقوبة جزائية مدة لا تزيد على ٢٥ سنة على من تعمد نقل فيروس مرض خطير إلى الغير وتوصل إلى تحقيق ذلك ، وتصل العقوبة إلى الإعدام إذا كان الجاني أحد أفراد الكادر الطبي المختص بتحليل الدم ونقله.

المصـــــادر

1) أحمد شـرف الديـن مسؤولية الطبيب ، مشكلات المسؤولية في المستشفيات العامة / دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي / ١٩٨٦.
الأحكام الشرعية للإعمال الطبية / الطبعة الثانية / ١٩٨٧.

2) أحمد شوقي أبو خطوة القانون الجنائي والطب الحديث / ١٩٨٦.

3) بسـام محتسـب بالله المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق / الطبعة الأولى / دار الإيمان / ١٩٨٤ .

4) جـلال ثـروت نظم القسم الخاص – الجزء الأول – جرائم الاعتداء على الأشخاص / الدار الجامعية للطباعة والنشر – الإسكندرية / ١٩٨٤ .

5) جميل عبد الباقي الصغير القانون الجنائي والإيدز / دار النهضة العربية /١٩٩٥ .

6) رأفت محمد أحمد حماد أحكام العمليات الجراحية – دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي / دار النهضة العربية – القاهرة /١٩٩٦.

7) رؤوف عبيـد السببية في القانون الجنائي – دراسة تحليلية مقارنة / مطبعة نهضة مصر القاهرة / ١٩٥٩ .
مبادئ القسم العام من التشريع العقابي / الطبعة الثالثة / مطبعة الفكر العربي / ١٩٦٦.

8) صاحب عبيد الفتلاوي التشريعات الصحية / الطبعة الأولى / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان ١٩٩٧.

9) عبـد السلام التونجي المسؤولية المدنية للطبيب في التشريعات الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي .

10) علي حسـين الخلـف المبادئ العامة في قانون العقوبات / ١٩٨٢.
والدكتور سلطان الشاوي

11) عمـر السعيد رمضان شرح قانون العقوبات – القسم الخاص / دار النهضة العربية /١٩٦٤-١٩٦٥.

12) مأمون محمد سلامة الإجراءات الجنائية في التشريع المصري – الجزء الثاني / مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي / ١٩٧٩ .
قانون العقوبات ، القسم الخاص – الجزء الثاني – جرائم الاعتداء على الأشخاص / ١٩٨٢

13) محمـد زكي أبو عامر قانون العقوبات اللبناني – القسم العام / الدار الجامعية للطباعة والنشر – بيروت ١٩٨١ .

14) محمد سامي السيد الشوا الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم / ١٩٨٦.

15) محمد عبد الظاهر حسين مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عملية نقل الدم / دار النهضة العربية – القاهرة / ١٩٩٥ .

16) مصطفـى العوجـي القانون الجنائي العام – الجزء الثاني – المسؤولية الجنائية / الطبعة الأولى / ١٩٨٥

١٧) فخري عبد الرزاق الحديثي شرح قانون العقوبات – القسم الخاص / مطبعة الزمان – بغداد ١٩٩٦.

١٨) عبد الحسين بيرم الموسوعة الطبية العربية / الطبعة الأولى / دار القادسية – بغداد / ١٩٨٦.

١٩) عبد الرحيم قطاير بنك الدم – نظري وعملي / مكتبة دار الثقافة –عمان / ١٩٩١ .

٢٠) محمد بديع حمودة أمراض الدم / الطبعة السادسة / منشورات جامعة دمشق /١٩٩١ - ١٩٩٢ .

٢١) جابر مهنا شبل مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية / رسالة دكتوراه جامعة بغداد / ١٩٩١ .

٢٢) حمدي علي عمر المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبيعة العامة -دراسة مقارنة / رسالة دكتوراه القاهرة / دار النهضة العربية / ١٩٩٥ .

٢٣) راسم مسير جاسم الشمري حالة الضرورة في قانون العقوبات –دراسة مقارنة / رسالة الدكتوراه جامعة بغداد / ١٩٩٥ .

٢٤) عادل عبد إبراهيم حق الطبيب في ممارسة الإعمال الطبية ومسؤولية الجنائية / رسالة ماجستير جامعة بغداد / ١٩٧٧ .

٢٥) محمد حماد مرهج الهيتي الخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية / رسالة دكتوراه – جامعة بغداد / ١٩٩١

٢٦) نوار دهام مطر الزبيدي الحماية الجنائية للبيئة ضد أخطار التلوث / رسالة دكتوراه – جامعة بغداد / ١٩٩٧ .

٢٧) سلطان الشاوي الجرائم الماسة بسلامة الجسم / مجلة العلوم القانونية / المجلد العاشر / العدد الثاني / ١٩٩٤ .

٢٨) محمد علي السرطاوي حكم نقل الدم في الشريعة الإسلامية / مقالات نشرت بعنوان :
Text of Islamic roles (in Arabic) in A.Ala
Fereydoun and EL – Nageh Mohamed , Blood
Trasfusion A Basic Text , Annex6,1994.

٢٩) محمود نجيب حسين الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكلفها له قانون العقوبات / مجلة القانون والاقتصاد / العدد الثالث / ١٩٥٩.

٣٠) وجيهة خاطر نقل وزرع أعضاء الجسم البشري – دراسة مقارنة وقانونية لنقل أعضاء والأنسجة من جسم لاخر / مجلة المحامون السورية / عدد ١-٦ / ١٩٨٨.

المصـــادر الاجنبيـــه

1) Marshall Merlin and Bird Thomas Blood Loss and replacement 1979.P.21.
2) A ALA FEREYDOUN and EL Mohammed blood transfusion A basic Text World Health organization Regional office the Eastern Mediterranean Alexandria Egypt 1994.p.1.
3) Rousselet Marcel (and other) Driot penal edition entierement refondue et mise jour 22 rue, soufflot Paris , v.1972.p.356.
4) Circular DH/DGS/3B.NO.47 of 15 jan 1992 on the follow up .transfusion safety between blood transfusion establishment and care establishments (int.digestof the health legislation 1992,vol43 .no2,p.282)
5) Law no, 93-5 of 4 January 1993 on safety in the field of blood transfusion and in regard to medicaments (international digest of health legislation 1993vol.44,no2.p.236) .
6) Order of 29 July 1992 laying down the conditions to be Fulfilled by blood transFusion estabLishments in other to retain coverage by the Agreement provided For by ArticLe. L . 667 of the public Health code (International pigest of Health LegisLation , VoL . 44 . No .2. 1993 .P. 233).
7) bailey and loves short practice of surgery Eighteen edition ,1981,p.76.
8) Med.H.C.walther weibaure rechtliche problem anasth intensivmed ,29-1988.p.135
9) R.M.HARPISTY and DJ WEATHERALL Blood and its Disorders Black Well scientific publication oxford edinburne ,1977.p.1484.
10) LAURENCE ENGEL Le droit Francais de la responsabiLite a pres LaFFaire du sang cantamine Regards , sur Lactualite decembre , 1994,p.3.
11) DIETER HART – HIV – InFeKtionen durch BLUt und Blutprodukte , MedR 1995 – P.61 – 63 .
12) Deutsch das gesetz uber die humanitae hilfe fur durch blutprodukte HIV-Infizierte, neue juristische wochenschrift 1996.p.756.
13) Stephen J.hadField ,Law and ethice for doctors London , eyre and spott is woode,1958.p.116 .
14) Les dessous laffaire du sang contamine sur found de rivalite franco – americiane le monde diplomatigue-fevrier1999.

الفهـــــــــــرســـت


GP co.
شركة
الجلال
للطباعة



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR

LA FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE D'ALEXANDRIE